

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
AGENTS D'AFFAIRES
ET SPÉCIALEMENT DES
INTERMÉDIAIRES EN FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
Soutenue le Mercredi 26 Janvier 1916
à 3 heures

PAR
FÉLIX DESMIER
AVOCAT

Président : M. CAPITANT
Suffragants : { MM. LYON-CAEN, } professeurs.
{ MASSIGLI, }

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^{ie}
ÉDITEURS
14, RUE SOUFFLOT, 14

1916

THÈSE

POUR LE DOCTEUR

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
AGENTS D'AFFAIRES
ET SPÉCIALEMENT DES
INTERMÉDIAIRES EN FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
Soutenue le Mercredi 26 Janvier 1916
à 3 heures.

PAR

FÉLIX DESMIER

AVOCAT

Président : M. CAPITANT

Suffragants : { MM. LYON-CAEN, } *professeurs.*
 MASSIGLI, }

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT, 14

1916



DES AGENTS D'AFFAIRES ET SPÉCIALEMENT DES INTERMÉDIAIRES EN FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE PREMIER

DES ATTRIBUTIONS DES INTERMÉDIAIRES.

NOTIONS DOCUMENTAIRES

Le développement économique qu'a signalé d'une manière si remarquable le xix^e siècle et le début du xx^e a été fécond en conséquences et en manifestations de toutes sortes. La multiplicité des transactions et la division du travail qu'impose le progrès ont, notamment, donné naissance à des personnages d'allures diverses, d'attributions variées, de noms différents, mais qu'on est d'accord pour grouper sous une qualification (plutôt qu'une dénomination) unique. Ce sont les agents d'affaires dont le caractère distinctif est de s'occuper des affaires d'autrui moyennant un salaire. Leur nombre est considérable et s'accroît sans

cesse, car, issus de la liberté du commerce et de l'industrie, ils savent, pour ainsi dire, se mettre à l'affût des besoins nouveaux qui surgissent, en vue d'y satisfaire. C'est pourquoi il est inutile de chercher à en faire l'énumération complète, car, à supposer qu'elle fut exacte aujourd'hui, elle serait, en tenant compte du flux et du reflux des nécessités économiques, incomplète ou erronée demain. Il faut se borner à indiquer quelques classifications générales, encore qu'assez arbitraires et prêtant à la critique. Ainsi on est amené à distinguer essentiellement :

1^o Les agents d'affaires litigieuses, dont le but est de recouvrer les créances litigieuses, de conduire les procès, régler les affaires d'expropriation, demander la détaxe au fisc et aux Compagnies de Chemins de fer ;

2^o Les agents d'affaires non litigieuses : gérants d'immeubles ou de capitaux, traducteurs, agents s'occupant de copies, de publicité, de renseignements ;

3^o Les agents intermédiaires entre l'offre et la demande : pour la vente, la location, les transports, les constructions, le mariage, les funérailles, le placement, les engagements artistiques, l'émigration, la colonisation.

Dans des catégories à part, on place, vu leur caractère particulier et original : les généalogistes, les courtiers et certaines combinaisons d'assurances.

C'est sur la troisième catégorie, sur les agents d'affaires intermédiaires entre l'offre et la demande, que nous entendons plus spécialement diriger notre observation ; et parmi ces agents d'affaires, ceux qui s'entremettent dans les

achats et dans les ventes méritent particulièrement l'attention, en raison de la fréquence du contrat de vente, le plus usuel de tous, à cause également de l'importance des intérêts qu'il met en jeu.

Pour donner une idée de l'importance des mutations en France, par achats et ventes, il suffit de se reporter au tableau ci-dessous résultant des statistiques dressées par le Ministère des finances, pour l'année 1911.

DÉSIGNATION	DISPOSITIONS SOUMISES AUX DROITS	VALEUR D'ASSIETTE
Cessions d'offices ministériels	1.402	1.945.471 fr. 35
Ventes de fonds de commerce et clientèles . .	57.788	447.959.334 80
Ventes de marchandises neuves cédées avec le fonds de commerce et la clientèle	30.783	193.420.900 80
Ventes d'immeubles	760.657	2.270.234.168 42
Transcriptions	7.736	57.131.535 42

I

Les ventes ou cessions de fonds de commerce, d'immeubles ou d'offices ministériels se traitent de gré à gré entre les parties soit par relations, c'est-à-dire directement, soit (le plus souvent) avec l'aide des professionnels spé-

ciaux que nous avons signalés plus haut et qu'on appelle tout simplement des intermédiaires.

On s'adresse à eux pour vendre ou pour acheter. Leur rôle essentiel est de mettre en rapport les vendeurs avec les acheteurs. Souvent ils négocient et rédigent les accords, font enregistrer les traités, accomplissent les formalités qui peuvent être requises par la loi ou par l'usage.

Parfois aussi, les intermédiaires dont nous parlons prêtent leur concours à d'autres opérations que les achats et les ventes. C'est ainsi que les intermédiaires en immeubles négocient fréquemment des prêts hypothécaires et des délégations de loyers; que les intermédiaires pour la vente des fonds de commerce s'occupent également de trouver des bailleurs de fonds aux industriels gênés, auxquels ils procurent des employés intéressés, des associés et, plus rarement, des commanditaires (la commandite n'étant pas encore entrée dans nos habitudes). — Depuis les lois de 1898 et de 1909 ils se mettent à prêter sur nantissement. Les uns et les autres adjoignent fréquemment à leur office d'intermédiaire une agence de contentieux. Quant aux agents qui s'occupent de transmissions d'offices ministériels, ils négocient également des cessions de Cabinets d'affaires et, en particulier, des associations.

Si on considère que les 9/10 des ventes volontaires de fonds de commerce sont traitées par des intermédiaires, qu'ils sont mêlés étroitement aux transactions immobilières, et, dans une proportion qu'il est difficile d'établir, aux mutations d'Offices, on doit reconnaître que les professionnels

dont nous parlons présentent une grande importance : leurs opérations s'étendent à toute la France, mais s'exercent principalement à Paris. Leur utilité est manifeste, puisqu'ils concourent à la circulation des biens et qu'ils favorisent les échanges. La loi, cependant, les ignore, ou à peu près. Le Code de Commerce, aux articles 74, 78 et suivants, s'est occupé d'une catégorie voisine du courtier ; et aux articles 94 et suivants, il traite de la commission, laquelle présente avec l'entremise une certaine affinité. Mais il n'a aucunement fait allusion aux personnages dont nous parlons. Ce qui pourrait s'expliquer par ce fait que le rôle des intermédiaires n'avait pas, en 1808, l'ampleur que nous lui connaissons et qu'il n'a acquise qu'à partir de la deuxième moitié du xix^e siècle, comme conséquence du développement économique. Mais, en réalité, la loi a gardé à l'égard des intermédiaires un silence persistant et singulier : la loi de 1909 préoccupée de porter remède aux fraudes qu'à tort ou à raison on reproche à l'intermédiaire en fonds de commerce, n'a, nulle part, nommé ce dernier et pas davantage la loi du 27 février 1912 dans son article 7 que nous commenterons longuement. Mais la jurisprudence est abondante et ses solutions sont susceptibles de combler les lacunes de la loi dans la matière qui nous occupe.

II

La jurisprudence a eu à s'occuper fréquemment des intermédiaires en fonds de commerce (1). Elle a rendu aussi quelques décisions particulières aux intermédiaires en immeubles (2) et en offices ministériels (3). Nous nous proposons de consacrer aux premiers une étude documentaire et juridique, car leur métier présente une grande diversité et n'est pas dénué d'intérêt. Cette étude nous conduira sur certains cas, particulièrement en ce qui touche la question du salaire, à envisager la jurisprudence relative aux agents d'affaires, car nous verrons qu'en droit les agents d'affaires sont le genre dont les intermédiaires constituent l'espèce.

Disons d'abord que le langage populaire désigne assez improprement les intermédiaires en fonds de commerce sous la dénomination de marchands de fonds. Ce ne sont pourtant pas des spéculateurs qui achètent des fonds pour les revendre, mais de simples agents intermédiaires dont l'intérêt est, en général, de toucher une commission si la négociation confiée à leurs soins réussit. Pour cette raison-là, on les appelle aussi quelquefois « Commissionnaires en fonds de commerce » en établissant une assimilation facile,

(1) Montpellier, 18 avril 1894; S. 1894, 2, 29. — Paris, 12 février 1909; D. 1913, 2, 246; Cass., 12 décembre 1911; D. 1912, 1, 374.

(2) Paris, 1^{er} décembre 1910; D. P. 1911, 2, 1. — Montpellier, 6 février 1893; D. 1894, 2, 212.

(3) Paris, 31 décembre 1890; Pand. F. 91, 2, 195.

mais discutable, avec les commissionnaires du Code de Commerce.

A Paris, les intermédiaires en fonds de commerce sont au nombre de trois cents environ. Deux chambres syndicales constituées en conformité de la loi de 1884 groupent autour d'elles, à peine le quart des membres de la profession, car, avec raison peut-être, ceux-ci tiennent fort à leur indépendance et sont résolument individualistes. La loi, d'ailleurs, n'a pas réglementé leurs opérations qui sont entièrement libres.

La liberté de la profession fait que les opérations des intermédiaires sont illimitées pour ainsi dire, car elles n'ont d'autres bornes que leur activité, laquelle est généralement très grande. En outre, à chaque création d'une industrie nouvelle, correspond l'éclosion d'agences nouvelles qui s'intéressent aux mutations. On l'a vu notamment à la suite de la création de l'Industrie des Cycles, puis de celle de l'Automobile. Nous disions plus haut, sans nulle exagération, qu'à Paris, les 9/10 des mutations volontaires de fonds de commerce se traitent avec l'aide des intermédiaires professionnels. Les Négociants et les Industriels, à quelques exceptions près, sont obligés de venir à eux sous peine de ne pouvoir se débarrasser de leurs maisons. Il y a là une application curieuse de la loi de la division du travail, comme aussi du principe que le besoin crée l'organisme. C'est, en effet, spontanément et sans l'intervention des pouvoirs publics qu'ont surgi les intermédiaires et la principale raison de leur développement

est dans la nécessité toujours croissante de leur entremise provenant de la transformation économique qui rend les hommes de plus en plus étrangers les uns aux autres quoique ne pouvant se passer les uns des autres.

Il serait même excessif de dire que toutes les mutations directes dont nous venons d'évaluer le nombre s'accomplissent sans l'ingérence et sans l'intervention de personnes intermédiaires; on rencontre parfois dans les cessions de fonds de commerce des intermédiaires occasionnels, salariés ou non, qui n'offrent pas les caractères juridiques des intermédiaires professionnels, en ce que ces personnes-là ne tiennent pas d'agence. Tel est celui qui, officieusement et par bienveillance, concourt à une vente ou encore celui qui poursuit un rôle plus intéressé, comme le distillateur, dans les ventes de fonds de vins et liqueurs. Les distillateurs (1) s'occupent souvent et gratuitement de la cession, participent aux négociations préalables, rédigent les actes, procèdent aux répartitions, le tout gratuitement, soit qu'ils veuillent continuer à fournir le nouveau débitant, soit qu'ils visent à s'assurer un client dans l'avenir.

Ils sont les conseillers de leurs clients qu'ils commanditent fréquemment en se garantissant au moyen d'un nantissement. On leur dépose des fonds, on va les consulter sur toutes espèces d'affaires, sur l'achat ou sur la revente du fonds, sur des placements d'argent, on prend même leur avis sur des projets de mariage.

(1) Paris, 4 juillet 1871; J. C. 20, 374.

La pratique connaît bien aussi le rôle important des représentants de commerce ou placiers qui, visitant quotidiennement une clientèle variée et nombreuse, trouvent parfois le moyen d'augmenter leurs appointements en négociant dans leur clientèle des ventes de fonds.

Ces précisions données sur le rôle des intermédiaires occasionnels dans les achats et les ventes, essayons de circonscrire le champ des opérations de l'intermédiaire professionnel, le seul auquel nous ayons dessein de nous intéresser.

Il existe deux importantes catégories très distinctes d'intermédiaires professionnels s'occupant des achats et des ventes de fonds de commerce :

1° Les intermédiaires des commerces de détail, c'est-à-dire en boutique ;

2° Les intermédiaires des commerces de gros, et des industries en appartement, fabriques et usines.

a) *Commerces de détail.* — Les commerces de détail se subdivisent en autant de spécialités différentes, lesquelles possèdent leurs intermédiaires propres. C'est ainsi qu'il existe des marchands de fonds de commerce se rattachant à l'alimentation : boulangeries, boucheries, charcuteries, épiceries, cafés restaurants, hôtels, débits de vins et liqueurs, confiseries, laiteries, etc. Il existe également des marchands de fonds s'occupant de commerces féminins (merceries, papeteries, teintureries) affaires qu'on appelle à tort « sans connaissances spéciales » bien qu'elles néces-

sitent comme les autres pour y réussir, une certaine initiation.

Les intermédiaires des commerces alimentaires, dans les quatre premières spécialités énoncées plus haut, sont principalement d'anciens marchands ayant été établis dans la partie dont ils s'occupent. Leurs clients sont également d'anciens négociants qui désirent se rétablir, ou des employés qui, à leur tour, recherchent un établissement à acquérir. A l'agence est annexé, le plus souvent un bureau de placement du personnel : ce qui met en relations de longue date le marchand de fonds avec ses clients éventuels et le dispense d'effectuer une publicité onéreuse.

Il ne faudrait pas d'ailleurs se tromper aux apparences généralement modestes et frustes des intermédiaires dont nous parlons; ils réalisent parfois des transactions très importantes et nous en dirons autant de ceux qui négocient les ventes de cafés, de restaurants et d'hôtels, ces fonds de commerce ayant fréquemment une valeur parfois considérable.

b) *Commerces de gros, usines, etc.* — C'est par le moyen de la publicité et par leurs relations propres que se recrute la clientèle des intermédiaires auxquels nous faisons allusion. Il en était ainsi pour la plupart de ceux dont nous avons traité plus haut. Mais le genre de clients auxquels ont affaire les intermédiaires en industries et commerce de gros étant plus raffiné, on trouve parmi ces derniers d'anciens officiers ministériels ou d'anciens clercs, des avocats, des ingénieurs, etc. Leurs opérations sont du reste assez élastiques. A la différence des intermédiaires

précédents, ils joignent à leur office dans les mutations ordinaires, la recherche des capitaux pour l'Industrie, la constitution de Sociétés, le prêt de nantissement. Il n'est pas rare qu'ils disposent d'un journal spécial (Moniteur ou Affiches) qui leur facilite les affaires.

Ne nous imaginons pas d'avoir, au moyen de la division des commerces de détail et des commerces de gros, délimité le cycle des opérations de l'intermédiaire professionnel des fonds de commerce. Son activité spéculatrice n'a pas de bornes, avons-nous dit. Elle s'est employée notamment depuis quelques années à la cession des baux commerciaux et industriels, dont la valeur avait subi, à la veille de la guerre actuelle, dans les quartiers de Paris, notamment l'Opéra, la Madeleine, une majoration extraordinaire et d'ailleurs exagérée. D'autres intermédiaires ont fait leur spécialité des ventes de matériel industriel, des locations d'usines et de terrains industriels; d'autres (qui n'ont pas été les plus mal inspirés) des champignonnières. On ne peut dénier aux intermédiaires un esprit singulièrement inventif et susceptible de faire valoir à leur juste prix — et quelquefois au-delà — les moindres éléments du patrimoine.

III

Nous voudrions compléter l'étude documentaire que nous avons entreprise des intermédiaires en donnant une idée précise de leur métier d'après la jurisprudence et surtout d'après la pratique :

Pour parvenir à effectuer la vente dont ils se chargent, l'intermédiaire (1) effectue les diligences suivantes :

1° Il commence par se faire remettre par le cédant un bon de commission (2) lequel contient un pouvoir de chercher un acquéreur pour le compte du client avec promesse par ce dernier de payer une rémunération en cas de réussite, le tout dans les termes suivants :

« Je, soussigné, donne par le présent pouvoir à de rechercher un acquéreur pour mon fonds de commerce sis à et dans le cas où la vente serait faite par son entremise ou sur sa simple indication, je m'engage à payer à M. la somme de fixée à forfait et payable en espèces et sur les premiers fonds versés, je n'aurai rien à lui payer dans le cas contraire ».

(Soulignons en passant que le mandat qui lui est conféré est purement aléatoire pour l'intermédiaire. S'il ne réussit pas, il endossera définitivement les frais qu'il aura effectués. Et il s'y trouve d'autant plus exposé que le cédant conserve la faculté de s'adresser à tels autres intermédiaires qu'il avisera).

2° L'intermédiaire procède à l'étude de l'affaire qui lui a été confiée, tant par lui-même que par les employés de son agence dont l'un, le vérificateur a pour mission de reconnaître le commerce à vendre et dont l'autre le négociateur

(1) Dans les explications qui vont suivre nous envisageons spécialement l'intermédiaire des commerce de gros et des industries.

(2) 23 juillet 1910; J. C. D. 1911, 5, 1.

est spécialement chargé d'accompagner les acheteurs auprès du cédant et d'engager les pourparlers. (1)

3° Ces investigations accomplies ayant été complétées par des fiches de renseignements qui, on le suppose, ont été favorables, (et dont d'ailleurs l'intermédiaire ne tient compte qu'avec circonspection), l'intermédiaire engage une publicité plus ou moins importante dans des journaux quotidiens. Il fait part de la nouvelle affaire dont il dispose, à ses clients (2) habituels, s'il la croit susceptible de les intéresser.

4° La publicité ayant, par hypothèse, attiré des amateurs dans le Cabinet de l'intermédiaire, celui-ci leur expose les conditions générales de la cession et les met en relations avec le cédant auquel il les présente soit par lui-même, soit par le négociateur; à moins que le client amateur ne préfère entrer directement en rapports en se faisant remettre les noms et adresses du cédant (3) (ce qu'il serait difficile de lui refuser parfois).

(1) A défaut d'une étude au moins superficielle de l'affaire, nous croyons que l'intermédiaire pourrait engager sa responsabilité vis-à-vis des tiers amateurs, car la vente qu'il négocie doit se faire avec toutes les conditions voulues de sûreté pour l'acquéreur. *Com. Seine*, 8 juillet 1890. *Loi* 30 août 1890.

(2) *Crim. Cass.*, 7 février 1908; *S.* 1908, 1, 208. — *Crim. Cass.*, 14 février 1908; *S.* 1909, 1, 164. La Publicité doit être sincère et ne pas indiquer ni des affaires fictives, ni un chiffre fantaisiste de bénéfices.

(3) La remise de l'indication du fonds de commerce à l'amateur qui entre en rapports directs avec le cédant entraîne souvent de nombreuses complications (surtout si l'acquéreur est simultanément ou postérieurement présenté par un autre intermédiaire. Voir notamment *C. d'App. Paris*, 8 mars 1882; *D.* 1883, 2, 244; comparer *C. de Paris*, 11 février 1881; *loi* 19 octobre 1881.

5° Les pourparlers s'engagent entre le cédant et l'amateur avec le concours et la coopération de l'intermédiaire qui assiste aux rendez-vous. Enfin un compromis est rédigé par les soins de l'intermédiaire et signé par les parties. Il stipule la vente effectuée par le cédant à l'acheteur moyennant tel prix déterminé; les clauses et conditions essentielles de la vente; l'indication d'un jour fixé pour la prise de possession. Le plus ordinairement, l'intermédiaire se fait consigner en dépôt un acompte pour garantir l'exécution de la vente.

6° L'intermédiaire rédige à la prise de possession les actes définitifs, accomplit les formalités prescrites par la loi du 17 mars 1909 et celles-ci effectuées, procède, s'il y a lieu, à la répartition du prix entre les créanciers opposants qui se sont manifestés. Tels sont les incidents ordinaires et les péripéties d'une négociation de fonds de commerce.

IV

Malgré l'objet éminemment licite et utile de sa mission, en dépit des démarches actives et répétées auxquelles il se livre, pour les mener à bien, l'intermédiaire professionnel est mal vu du public. Il y a plusieurs motifs à cette malveillance, sinon des raisons valables. En les examinant tour à tour nous ajouterons quelques traits au portrait de l'intermédiaire.

On reproche fréquemment à l'intermédiaire de s'occuper

de toutes sortes d'affaires, des mauvaises aussi bien que des bonnes; on lui reproche aussi de les présenter de la manière la plus séduisante en faisant ressortir les avantages et en oubliant de mentionner les écueils et les inconvénients. Ce double grief ne nous semble pas fondé. D'abord l'intermédiaire n'est qu'un indicateur de fonds à vendre, on ne peut lui demander (surtout à Paris) de posséder des données approfondies sur toutes les affaires de son répertoire. Son rôle est déjà grandement utile même s'il se borne à signaler des commerces, présentant les apparences d'exploitations sérieuses, et dont les titulaires sont réellement disposés à se défaire, car on ne les aurait pas connus sans lui. En outre, nous établirons que l'intermédiaire n'est qu'un mandataire; c'est jusqu'à la consommation de la vente, le porte-parole du vendeur et il ne se donne pas (sous peine d'engager sa responsabilité) comme garant des déclarations de celui-ci. Aux acquéreurs de se renseigner; et de ne traiter qu'après avoir obtenu du cédant la confirmation des dires de l'intermédiaire, leur justification avec les éclaircissements nécessaires à leur sécurité. Il leur appartient par exemple (et cela leur est facile) d'apprécier la valeur réelle du matériel et celle des marchandises qu'ils feront fixer par experts, s'ils le jugent à propos; ils tiendront compte dans la fixation du prix des fluctuations de la clientèle qui n'est plus comme autrefois fidèle et attachée au fonds, mais dont le maintien et le développement sont étroitement liés à l'activité et aux qualités personnelles du titulaire. Rien de plus aisé que de se rendre compte de la

valeur du droit du bail : la durée restant à courir, la modicité ou l'élévation du loyer fournissent à cet égard des éléments d'appréciation. En résumé, sauf bien entendu le cas de fraude devant laquelle il peut être réduit à l'impuissance, l'acheteur peut parfaitement se rendre compte du commerce qui lui est offert et n'a dès lors aucun reproche sérieux à adresser à l'intermédiaire.

On allègue encore que les intermédiaires perçoivent des commissions exagérées que les Tribunaux réduisent souvent (1). Ce dernier point est exact, mais c'est précisément une question que de savoir si l'intervention des Tribunaux dans les libres accords des parties est légitime. Quoi qu'il en soit, il faut remarquer que la loi de l'offre et de la demande exerce son influence sur la fixation du chiffre de commissions. Le taux en est donc variable. Il est de 5 % du prix de vente en matière de commerce d'alimentation au détail, de 10 % pour les ventes d'industries et commerces de gros. La commission ne se calcule que sur le prix du fonds, c'est-à-dire sur la valeur réunie des éléments incorporels et matériels, à l'exclusion des marchandises. L'accord des parties peut évidemment modifier le taux de la rémunération, décider que celle-ci sera forfaitaire (2), c'est-à-dire irréductible quel que soit le dernier prix de vente. Le

(1) Req. Cass. 12 décembre 1911; D. P. 1913, 1, 130; Cass. req. 11 mars 1913; D. P. 1913, 1, 408. — C. d'App. Paris 12 février 1913, D. P. 1913, 2, 246; Com. Seine 23 juillet 1910; D. 1911, 5, 1. Voir cep. Trib. Civ. Seine 15 décembre 1903; *Gaz. des Trib.*, 14 février 1904.

(2) Ou bien encore qu'elle sera de tant pour cent jusqu'à tel prix, avec partage de l'excédent. On peut imaginer bien d'autres modalités.

plus généralement, la commission, qu'elle soit proportionnelle ou forfaitaire, est prélevée en espèces sur le premier versement effectué par l'acquéreur, lors de la prise de possession. Quelque importante que soit la commission, si elle procède de la volonté libre du vendeur à qui elle incombe exclusivement (1), on ne voit pas qu'on puisse incriminer l'intermédiaire au sujet du taux fixé. Il en serait autrement dans les cas exceptionnels où l'intermédiaire a accompli des manœuvres blâmables pour l'extorquer du cédant (2) ou si le prix d'un fonds de commerce dénué de valeur intrinsèque (comme dans certains commerces féminins) s'en trouve exagérément majoré.

La véritable raison du préjugé qui s'attache aux intermédiaires professionnels c'est plutôt, suivant nous, qu'on les confond avec certaines personnes qui, bien qu'elles s'annoncent comme susceptibles de vendre des fonds de commerce, s'occupent en réalité de tout autre chose. Nous voulons parler des agents de publicité, des courtiers en mandats et enfin des courtiers marrons (3).

1° Le métier de publiciste en fonds de commerce (et en immeubles) (4) consiste purement et simplement à faire

(1) La Commission peut être bien mise par la convention à la charge de l'acquéreur, mais si elle a été fixée en dehors de celui-ci et portée à un chiffre insolite, l'acquéreur ne peut être déclaré engagé que dans la mesure des usages commerciaux du lieu où il a traité. Paris 6 janvier 1885; J. C. n° 10715, xxxiv, 332.

(2) Lyon, 28 mars 1903; loi, 28 juillet 1903.

(3) Rouen, 16 juill. 1904; *Gaz. Pal.*, 14 janv. 1905.

(4) Au moins celui que nous envisageons, car il ne faut pas le confondre avec le métier des courtiers de publicité, tels que l'agence Lagrange et

dans les journaux pour le compte de certains clients une publicité qui est payée par ces derniers. L'écart entre les provisions versées et le prix perçu par les journaux représente le bénéfice de l'agent, qui ne cherche aucunement à réaliser la vente confiée à ses soins; mais à obtenir des ordres de publicité. Le commerce et l'industrie à Paris et en province, les propriétaires d'immeubles et de châteaux (car les commerces et les industries ne se vendent guère en dehors de la région parisienne) connaissent, pour en avoir été trop souvent victimes, les procédés employés par les voyageurs et les représentants de soi-disant banquiers ou agents d'affaires, possédant pignon sur rue, qui se font verser d'importantes provisions, pour frais de publicité et inondent de celle-ci d'obscurs journaux de province, parfois même accidentellement des organes parisiens. La provision comprend le plus souvent une petite somme au comptant et plusieurs acceptations, lesquelles sont exigibles au fur et à mesure de l'insertion des annonces par l'agent publiciste. Ces acceptations sont endossées à un tiers porteur, de sorte qu'à l'échéance, le vendeur qui n'a vu se présenter aucun amateur est condamné à payer malgré ses protestations. Les ruses employées par les voyageurs et les représentants en question, la confusion qu'ils ont soin d'entretenir dans l'esprit des clients qui voient en eux de véritables vendeurs de fonds de commerce, et l'inutilité de

Cerf, auxquels les vrais intermédiaires en fonds de commerce s'adressent pour passer leurs annonces aux journaux, en bénéficiant d'une ristourne. Ces courtiers-là exercent une profession parfaitement licite.

leurs efforts en pratique, car ils vont jusqu'à éconduire les clients que la publicité conduit à leur bureau, indisposent le public; ils sont donc pour beaucoup dans le discrédit qui atteint la classe des intermédiaires.

2^o Les courtiers en mandats de fonds de commerce et d'immeubles ne s'occupent pas davantage de servir d'intermédiaires utiles dans les ventes. Ils se bornent à obtenir et souvent à l'aide de procédés incorrects (1) (par exemple la promesse de présenter prochainement un acquéreur, ou même la présentation d'un acquéreur fictif) le mandat de vendre des fonds de commerce ou des immeubles. Le mandat qui stipule une commission payable au porteur est ensuite divulgué avec les conditions de la vente dans les nombreux Cabinets de la Place, dont beaucoup sont abonnés au courtier et lui réservent en outre, le cas échéant, une petite part de la commission. Le cédant, au lieu de l'acquéreur dont il escomptait la définitive visite reçoit celle des représentants des 100 ou 150 Cabinets de la Place, on devine son désappointement et l'accueil qu'il réserve à ses multiples visiteurs.

3^o La jurisprudence mentionne enfin (et traite avec une juste sévérité) une catégorie de courtiers marrons, propriétaires d'organes imprimés dépourvus de lecteurs qui en se présentant aux petits commerçants comme Directeurs d'un Cabinet achalandé parviennent à leur extorquer des sommes d'argent sous prétexte de faire de la publicité dans leur

(1) 26 sept. 1909, Com. Seine; Droit, 8 oct. 1909. Annulation d'un bon de commission obtenu au moyen de manœuvres frauduleuses.

journal (1). Comme la demande d'un versement immédiat paraîtrait anormale et ne produirait pas l'effet attendu, l'agent véreux se fait souscrire une promesse en forme de billet à ordre attaché d'une manière imperceptible à une souche, payable par exemple deux jours après la vente. Lorsque le fonds de commerce a trouvé acquéreur par l'office d'un intermédiaire réel et sérieux, celui-là, l'agent en question détache le billet et en poursuit le paiement après avoir eu soin de l'endosser à un compère. Et le Tribunal condamne à payer. Ou bien encore l'agent forme opposition et transige à 50 o/o.

On conçoit le tort que de tels agissements sont de nature à causer aux intermédiaires consciencieux et honnêtes, possesseurs peut-être d'un cabinet ancien et achalandé. Ceux-là procèdent bien différemment des précédents. Ils ne se font verser aucune provision ou avance et leurs débours, même ceux de publicité, demeurent dans tous les cas à leur charge. Leur unique rétribution est la commission qu'ils stipulent du vendeur seul. Il est même convenu qu'en cas d'insuccès, le cédant n'aura rien à payer. L'intermédiaire s'occupe gratuitement de la rédaction des actes et de l'accomplissement des formalités de la vente, si elle aboutit ou plus exactement pour une rétribution qui est laissée à l'appréciation de l'acheteur.

Par-dessus tout, le caractère aléatoire de la commission, la difficulté inhérente à toute transaction nous paraissent

(1) C. d'appel Paris, 12 févr. 1913; S., 1913, 2, 246.

de nature à justifier devant l'opinion les opérations des intermédiaires en fonds de commerce et industries.

On peut conclure, puisque le public s'adresse fréquemment à eux et n'a pas généralement à s'en plaindre, qu'ils ne méritent pas le discrédit qu'ils subissent par le fait d'autrui.

CHAPITRE II

CARACTÈRES DISTINCTIFS DES INTERMÉDIAIRES.

1° Il est inutile d'insister longuement sur la commercialité des intermédiaires; c'est la chose la plus évidente du monde car :

a) Ils possèdent et exploitent une agence ou un bureau d'affaires;

b) Ils offrent d'une manière permanente et habituelle leur ministère au public;

c) Ils spéculent sur leur entremise.

Donc aux termes des art. 1^{er} et 632 C. Com. combinés, les intermédiaires sont bien des commerçants.

En conséquence, les intermédiaires sont justiciables des Tribunaux de commerce pour les actes dépendant de leur négoce; ils sont, en cas de cessation de paiements susceptibles d'être déclarés en état de liquidation judiciaire ou de faillite. Avant la loi du 24 juillet 1867, la contrainte par corps leur était applicable pour leurs obligations commerciales supérieures à 200 fr. (1); les preuves invoquées contre eux sont celles usitées en matière commerciale; leur agence avec son achalandage, son droit au bail et son mobilier

(1) Lyon, 12 févr. 1846; S. 47, 2, 76. — Paris, 19 oct. 1865, J. C. 65, 285. — *Contra* Nouguier Paris, 24 mars 1849; S. 49, 2, 717.

constitue un fonds de commerce et comme tel peut être vendue, apportée à une Société ou remise en nantissement. Le mandat conféré par un commerçant à un intermédiaire pour la vente de son fonds de commerce présente le caractère commercial (1). Le raisonnement qui précède ne s'applique, bien entendu, qu'aux intermédiaires professionnels. Les représentants de commerce, les intermédiaires occasionnels dont nous avons déjà parlé, n'accomplissent pas un acte de commerce par le fait d'une intervention isolée dans une vente des fonds de commerce et il a été jugé que le Tribunal de Commerce est incompétent pour statuer sur une demande formée contre un commerçant qui s'est borné à mettre les parties en rapport et à s'entremettre entre elles à titre officieux au sujet de la vente d'un fonds; cette intervention ne constitue pas, en effet, un acte de commerce (2);

2° Il est un peu plus difficile de déterminer la qualité juridique des intermédiaires. On est tenté de les rapprocher des courtiers, des commissionnaires, des agents d'affaires :

L'intermédiaire n'est pas un courtier. — Il suffit de se reporter au titre V du livre I^{er} du C. de Com. pour constater que le législateur, quand il a donné les règles de courtage n'a pas envisagé le marchand de fonds de commerce. Il n'est pas possible d'assimiler le fonds de commerce à une marchandise, ni de découvrir dans les ventes de fonds une

(1) Civ. Seine, 2 nov. 1889; *Gaz. Pal.*, 89, 2, 576; Cass., 12 déc. 1911; D., 1912, 1, 374.

(2) Paris, 4 juill. 1871; J. C. 20, 374.

stipulation de ducroire. Pourtant le rôle de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce tel que nous l'avons décrit rappelle assez le rôle du courtier libre de marchandises. L'un et l'autre ont pour mission de rapprocher deux parties qui se cherchent : vendeur et acquéreur (1).

L'Intermédiaire n'est pas un commissionnaire : — Le commissionnaire, en effet, agit en son propre nom. L'opération juridique s'accomplit en sa personne. Il devient acheteur ou vendeur, sauf à régler avec le commettant. Il suffit de réfléchir un instant aux diverses démarches qu'accomplit l'intermédiaire pour exclure un pareil résultat. Il n'en est pas moins vrai que l'intermédiaire offre les apparences du commissionnaire puisqu'en s'interposant dans la vente de fonds de commerce, il fait acte de commerce et cela par habitude (2). On conçoit que le langage courant qui ne se pique pas d'exactitude, appelle fréquemment commissionnaire l'intermédiaire en fonds de commerce.

L'intermédiaire est pour nous un agent d'affaires : — C'est la solution qu'adopte la jurisprudence civile qui, sans d'ailleurs en donner de motifs, appelle agents d'affaires les intermédiaires et leur applique, comme à tous les agents

(1) MM. Bouteaud et Chabrol, *Traité des fonds de commerce*, p. 244, voient, dans les intermédiaires, les caractères essentiels du courtier. Le courtier est, disent-ils, un intermédiaire qui se charge, moyennant salaire, de chercher une contre-partie et de la mettre en rapport avec le donneur d'ordre; or, c'est là, disent-ils, le rôle de l'intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce.

(2) MM. Lyon-Caen et Renault enseignent que la commission diffère du mandat, d'abord parce que le commissionnaire a l'habitude de se livrer à des actes de commission, tandis que le mandataire ne remplira un mandat, le plus souvent, qu'accidentellement.

d'affaires indistinctement, les règles du mandat salarié (1). C'est également celle de la jurisprudence administrative qui décide que les marchands de fonds doivent être assimilés, quant à la patente, aux agents d'affaires soumis eux-mêmes à la patente de 4^e classe (loi 15 juillet 1880, Tableau A 4^e et 5^e classe). C'est enfin l'opinion de quelques auteurs (2).

On s'accorde assez bien sur les caractères essentiels et distinctifs de l'agence d'affaires : on reconnaît l'agent à ce qu'il fait profession de s'ingérer sans qualité et moyennant salaire dans les affaires d'autrui. Par conséquent, un acte ou des actes isolés ne suffiraient pas et il faut pour être considéré comme agent d'affaires que l'on ait l'habitude de faire les actes en question et que l'on ait en outre offert ses services au public comme mandataire salarié (3). Des auteurs vont même, dans ce sens, jusqu'à soutenir que pour qu'il y ait agence d'affaires, il faut un bureau ouvert au public s'annonçant par des moyens quelconques de publicité (4).

La Cour de Montpellier dans l'arrêt de 1894 précité est plus formelle encore « attendu, dit-elle, que les agents d'affaires ont pour caractères essentiels d'accepter tous les mandats qui ont trait à la gestion des affaires d'autrui ».

(1) Cass., 12 déc. 1911; D., 1912, 1, 374. Voir aussi Montpellier, 19 avril 1894; S., 1895, 2, 29. — Civ. Seine, 2 nov. 1889; *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 576 — Civ. Seine, 14 mars 1895; Loi, 28 mars 1895.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité du droit commercial*, t. III, n° 237 bis.

(3) Dalloz, *repert.*, v. ag. d'affaires, n° 6. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 140. — Thaller, *Traité de droit commercial*, p. 22.

(4) Bédarride, Bravard, t. I, p. 57. — Pardessus, t. I, p. 42.

S'il en est ainsi, l'assimilation des intermédiaires aux agents d'affaires semble bien s'imposer, dans la pratique tout au moins, où nombre d'intermédiaires, à côté de leurs bureaux de vente de fonds de commerce, dirigent souvent soit un Cabinet de contentieux, soit une agence de renseignements, lesquels sont universellement considérés comme des agences d'affaires. Mais ceux-là même qui se limitent à l'entremise, présentent les caractères extérieurs qu'on s'accorde à reconnaître à l'agence d'affaires; l'habitude d'offrir au public leurs services, l'absence de caractère public, le salaire.

Les intermédiaires, au surplus, font profession d'accepter les mandats de vendre des fonds de commerce; car, charger un intermédiaire de vendre un fonds de commerce équivaut à lui donner un mandat de trouver acheteur pour ce fonds de commerce.

Il y a donc identité absolue et par suite il faut appliquer à l'intermédiaire les règles de l'agence d'affaires.

Toutefois, le terme même d'agent d'affaires prête à la critique, parce qu'il est à la fois trop vague et trop compréhensif. On fait entrer dans l'agence d'affaires toutes sortes de métiers qui n'offrent aucune affinité les uns avec les autres : l'agent d'affaires contentieuses, le courtier d'assurances, le tenancier d'un bureau de placement, le receveur de rentes, l'intermédiaire matrimonial rentrent dans l'agence d'affaires. Est-il réellement indispensable d'ajouter un numéro de plus à une série qui ne constitue peut-être pas une catégorie juridique bien com-

prise? (1) Et ne pourrait-on pas tout simplement appeler l'intermédiaire un mandataire salarié, comme le permet l'analyse, comme c'est d'ailleurs le point de vue de la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus loin?

(1) Mentionnons que le vocable « agent d'affaires » est nouveau dans la langue technique du droit. Il ne figure pas dans les dictionnaires de droit antérieurs à la Révolution; nous ne l'avons pas trouvé au recueil de Ferrière (1756).

CHAPITRE III

NATURE DU CONTRAT D'ENTREMISE

Une question essentielle se pose à propos des conventions qui interviennent entre l'intermédiaire et le client. Quelle est la nature juridique de ces conventions et en conséquence quels sont les principes qu'il faut appliquer?

C'est la même question qui se pose pour l'agence d'affaires. Elle est donc susceptible de la même solution puisque nous avons identifié les agents d'affaires et les intermédiaires. Seulement, il existe entre l'agence et l'entremise des nuances qu'une comparaison fera facilement ressortir.

1^o Agence d'affaires

La plupart des auteurs sont en désaccord sur la nature du contrat qui lie le client à l'agent d'affaires.

Les uns y découvrent un louage de services, d'autres un mandat; très peu, un contrat d'entreprise (1).

(1) Il existe encore d'autres divergences. Certains auteurs voient dans l'agence d'affaires un contrat innomé tenant à la fois du mandat et du louage de services (Labori, rep. V. Agent, n^o 15). D'autres disent qu'il y a là une convention synallagmatique à la suite de laquelle intervient presque toujours, comme conséquence, un mandat (rep. Dalloz, v. agent d'affaires, n^o 1).

1° L'agence d'affaires se ramène-t-elle à un louage de services?

Nous ne le croyons pas pour les motifs ci-après :

Les auteurs définissent en général le louage de services « un contrat par lequel une personne, employé, ouvrier, domestique s'engage à travailler pour une autre pendant un temps déterminé ou le plus souvent sans fixation de délai moyennant une rémunération en argent fixée soit par jour, soit par semaine, soit par mois, soit d'après le travail accompli ». Si on analyse cette définition on y relève une double caractéristique ;

1° Un lieu de subordination existe dans les rapports du salarié, ouvrier, employé ou domestique, avec le maître ou le patron ;

2° Et il existe également entre eux une certaine continuité de rapports.

Or il est évident qu'au contraire, l'agent d'affaires jouit dans ses rapports avec le client, d'une complète indépendance ; qu'en outre, les parties ne visent pas à établir entre elles une continuité de rapports (surtout le client). En effet, l'agent est un commerçant qui exerce librement sa profession et c'est la terminaison de la négociation ou l'achèvement du travail confié à ses soins qui met fin aux rapports des parties.

Telle est pour nous l'antinomie la plus formelle qui existe entre le contrat de louage de services et le contrat d'agence.

Mais voici encore une différence caractéristique : tandis que dans le louage de services le salaire est généralement proportionné au temps ou payable (plus exceptionnellement) aux pièces, la rémunération de l'agent, elle, n'est jamais calculée d'après la durée du travail.

De plus, il est facile d'observer que la plupart des règles de droit en matière de louage de services sont nettement incompatibles avec le contrat d'agence et intransportables dans les rapports de client à agent. D'autres, qui pourraient à la rigueur s'y adapter, se retrouvent avec des nuances dans les contrats auxquels nous ramènerons finalement l'agence d'affaires.

Nous citerons parmi les premières le risque professionnel prévu par la loi du 9 avril 1898; le privilège destiné à garantir le paiement des gens de service (art. 2101-4^o) ou des ouvriers et commis des commerçants (art. 549 C. Com), les lois sociales qui ont assuré le paiement exact, régulier et loyal du salaire. On ne concevrait pas, en vérité, que le client subît (fût-ce dans les limites d'un forfait) les risques de l'accident survenu dans le travail dont se charge l'agent d'affaires, ni que les garanties que nous venons d'énoncer pussent être exercées par ce dernier, à l'encontre du client. Cela tient à ce qu'aucune supériorité ni maîtrise n'appartient au client vis-à-vis de l'agent, et qu'en outre le profit économique du travail est intégralement pour l'agent qui se fait payer le montant de ses frais et de ses honoraires.

Pour ce qui est de la règle posée par l'art. 1780 C. C. visant la possibilité pour chacune des parties de résilier le contrat

de travail à charge de ne pas commettre d'abus, nous concédons qu'elle ne présente pas au même degré que les précédentes d'incompatibilité manifeste avec le contrat d'agence, mais il suffit, pour en écarter l'application, de constater, à la lecture du texte et des travaux préparatoires, qu'elle vise uniquement les rapports du maître ou du patron avec les divers salariés. Elle leur demeure spéciale et il n'y a aucun inconvénient à l'écarter de l'agence d'affaires, car, d'autres textes autorisent et réglementent la résolution au gré des parties. Ce sont l'art. 1794 C. C. en matière de louage d'industrie et l'art. 2004 C. C. en matière de mandat, et c'est à ces deux contrats précisément que nous allons pouvoir ramener le contrat d'agence.

De tout ce qui précède, nous concluons fermement, contrairement à la plupart des auteurs, que le contrat d'agence ne saurait être identifié avec le contrat de louage de services (*locatio operarum*) et que les règles de ce contrat ne sauraient le régir;

2° Le contrat d'agence d'affaires peut-il se ramener à un contrat d'entreprise (locatio operis)?

Pas dans tous les cas assurément, bien qu'il n'y ait pas entre l'un et l'autre contrat les incompatibilités que nous venons de faire ressortir : l'entrepreneur, comme l'agent d'affaires, offrent en effet ce caractère commun d'agir avec une entière indépendance, sous leur propre responsabilité et d'exécuter le travail dont ils sont chargés sans direction et à leurs risques et périls.

L'usage réserve le nom d'entrepreneurs à ceux qui ont l'habitude de traiter avec le public à forfait ou sur devis pour de gros travaux qu'ils font exécuter (spécialement dans l'industrie du bâtiment ou dans celle des transports) par un personnel sous leurs ordres. Le Code s'est conformé à cet usage dans l'emploi qu'il fait du mot entrepreneur, spécialement aux art. 1785, 1786, 1792 et 1797 C. C. Mais le Code n'a pas délimité le contrat d'entreprise d'une façon précise et certaine. Il s'est borné à donner des exemples en traitant notamment des entreprises de construction. Enfin, le mot « entreprise » a une portée générale et un sens assez vague. Pour toutes ces raisons, nous pensons avoir le droit d'admettre avec la jurisprudence (1) que le contrat d'entreprise concerne les travaux les plus variés, même la confection d'un ouvrage, d'un objet mobilier et les fournitures de toute espèce, du moins lorsqu'ils offrent le caractère d'être exécutés à forfait ou sur devis. Or, le métier de certains agents d'affaires (tels les agents d'exposition, les agents constructeurs de villas, de maisons de campagne, les agents de voyage) les astreint à entreprendre des travaux, à exécuter des fournitures, le tout à forfait ou sur devis. Dans ces diverses hypothèses, les règles du contrat d'entreprise sont applicables. Au contraire, nous ne croyons pas qu'elles soient applicables à la grande majorité des agents d'affaires, à ceux qui exécutent des négociations pour autrui, par exemple aux agents d'affaires litigieuses;

(1) Cass., 5 janv. 1897; D., 97, 1, 73. — Aubry et Rau, t. IV, § 374, p. 528. — Laurent, t. XXVI, n° 19.

3° *C'est au mandat (1) qu'il faut ramener dans presque tous les cas le contrat que le client passe avec l'agent d'affaires.*

L'art. 1986 qui permet aux parties de stipuler un salaire pour le mandataire est assez large dans ses termes pour contenir toute l'agence d'affaires. Seulement, il nous a semblé plus juridique d'attribuer compétence (en quelque sorte) au contrat d'entreprise dans les cas sus-énoncés.

D'après nous, le caractère essentiel du mandat est uniquement le pouvoir que possède le mandataire d'exécuter pour le compte du mandant des actes d'ailleurs quelconques, juridiques ou non. En y ajoutant la donnée d'un salaire (et dans la pratique le mandat gratuit a presque disparu) on se trouve tout près du domaine de l'agence d'affaires. Car l'agent d'affaires est le professionnel des mandats salariés.

Certains auteurs (2) voient, il est vrai, dans la représentation du mandant par le mandataire, un caractère tout-à-fait essentiel du mandat, et prétendent en outre que le mandataire doit exécuter pour le compte du mandant des actes juridiques. D'autres (3) excluent la représentation des caractères essentiels, mais considèrent comme essentiel le caractère juridique des actes du mandataire. Ni l'un ni l'autre de ces systèmes (qui s'opposeraient dans bien des

(1) Sic. Laurent, *op. cit.*, t. XXVII, n° 345. — Colin et Capitant, t. II, p. 699.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. II, p. 566.

(3) Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, t. II, n° 2231.

cas au rattachement de l'agence d'affaires à la théorie du mandat) ne nous paraissent fondés :

1° Historiquement, la représentation n'a fait que tardivement son apparition; elle ne fut qu'un perfectionnement apporté par le droit romain au procédé à l'aide duquel le mandataire s'acquitte de sa mission;

2° La convention de prête-nom et la commission sont, de l'avis de tous, des espèces de mandats. Or, ni le prête-nom ni le commissionnaire ne représentent le client, qu'ils ne font même pas connaître, et c'est en leur personne que s'accomplit l'opération juridique, l'achat ou la vente;

3° L'art. 1986 ne dispose nullement que le mandataire doive accomplir des actes juridiques. Le pouvoir d'agir au nom du mandant peut, tout aussi bien, être celui d'accomplir des actes matériels ou des négociations (1).

Nous concluons donc que le contrat qui intervient entre le client et l'agent constitue la plupart du temps un mandat; sauf des cas exceptionnels où il se ramène à un contrat d'entreprise.

2° Intermédiaires en fonds de commerce.

Il ne suffit pas de dire que le contrat d'intermédiaire consiste toujours dans un mandat donné par le cédant à l'intermédiaire, afin de trouver acheteur, pour le fonds de commerce. L'analyse permet de constater que toutes les

(1) Voir, en ce sens, MM. Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, t. II, p. 699.

négociations dont se charge l'intermédiaire et que nous avons décrites se ramènent à l'exécution de divers mandats qui émanent, soit du cédant, soit de l'acheteur, parfois du cédant et de l'acheteur réunis.

La mission de l'intermédiaire chargé de la vente se compose de deux phases, dont l'une est essentielle et dont l'autre est facultative. Le début de la phase essentielle se place au moment où l'intermédiaire reçoit du cédant le mandat de s'occuper de rechercher l'acquéreur, ordre accompagné, le plus souvent, de la remise du bon de commission. Le fait d'accomplir les négociations et de les mener à bien, constitue l'exécution du mandat de l'intermédiaire. La preuve qu'il s'agit bien d'un mandat, c'est que l'intermédiaire agit et accomplit ses diverses diligences pour le compte du cédant et pour son avantage. Bien plus, il engage le client par ses déclarations vraies ou erronées. C'est ce que décide la jurisprudence qui traite l'intermédiaire comme un mandataire (1) et va même jusqu'à admettre la représentation du client par l'intermédiaire.

Nous avons supposé le cas le plus ordinaire : celui où l'intermédiaire est chargé de vendre. Il faudrait en dire autant si l'intermédiaire était chargé d'acheter, ce qui est beaucoup plus exceptionnel. En pareil cas, le raisonnement est le même ; mais l'intermédiaire est alors le mandataire de l'acheteur et, son mandat est terminé, quand il a trouvé l'affaire à vendre.

(1) Comm. Seine, 28 mai 1887 ; J. C., n° 11466, xxxviii, 56.

La phase facultative de la mission de l'intermédiaire se place au moment où, ayant découvert l'acheteur et l'ayant mis en relations avec le cédant (1), l'intermédiaire accepte de l'acheteur (qui, sauf conventions contraires, a le choix du rédacteur des accords, de même qu'il supporte le coût des formalités) (2) le mandat de rédiger l'acte, de recevoir les oppositions à son domicile élu, d'effectuer les publications légales, de répartir le prix entre les créanciers, de faire enregistrer le contrat. Nous disons qu'ici la mission de l'intermédiaire est facultative, parce que très souvent les parties s'adressent à un tiers, notaire ou agent d'affaires, pour l'accomplissement des formalités. Nous répétons qu'elle se ramène, ici encore, à un mandat, et la preuve, c'est que si l'intermédiaire commet des erreurs, ou des fautes préjudiciables aux tiers, l'acheteur en endosse la responsabilité (3). C'est un nouvel aspect de la représentation juridique.

Et enfin, l'intermédiaire peut être considéré comme le mandataire commun du vendeur et de l'acheteur lorsqu'ils sont d'accord pour l'investir d'une mission pour leur intérêt réciproque : comme si (ce qui est rare) le vendeur et l'acquéreur ont conféré à l'intermédiaire mandat de vendre

(1) Car, à cet instant, il a complètement rempli son mandat. Paris, 7 avril 1885, J. C., n° 10910, xxv, 281. — Comp. Paris, 5 déc. 1871; J. C., n° 7233, xxi, 97.

(2) C'est l'application de l'art. 1584 C. C. Voir C. d'App. Paris, 22 févr. 1884; S., 84, 2, 77.

(3) Com. Nice, 15 juill. 1910. — D. P., 1913, 5, 3. — Comp. Le Havre, 17 févr. 1897. — *Rec. du Havre*, 1897, 1, 32. — Voir aussi Paris, 14 août 1872; J. C., n° 7540, xxi, p. 522.

et mandat d'acheter; ou comme si, lors de la rédaction des accords, le vendeur a donné mandat à l'intermédiaire de prendre au greffe une inscription de privilège, pendant que l'acheteur lui confère le pouvoir de rédiger les accords.

3°

L'intérêt de distinguer soigneusement la qualité en laquelle agit l'agent d'affaires ou l'intermédiaire en fonds de commerce, mandataire ou entrepreneur, se résume en plusieurs conséquences qu'il convient d'énoncer :

1° Y a-t-il pluralité de clients? Ils seront tenus solidairement vis à vis de l'agent d'affaires s'il s'agit d'un mandat; mais il n'existera pas de solidarité entre eux, si on décide que l'agent est entrepreneur, car la loi n'organise pas la solidarité en cette hypothèse et la solidarité ne se présume pas (1202 C. C.) sauf toutefois au cas où, l'opération serait commerciale, la solidarité des débiteurs est en effet de droit en matière commerciale. L'intermédiaire bénéficiera de la solidarité légale à l'égard des divers clients qui l'ont mis en œuvre, puisque nous avons établi qu'il est un mandataire dans tous les cas.

2° Pour la même raison, l'intermédiaire subit, comme les agents d'affaires (dans les cas si fréquents où ceux-ci sont considérés comme mandataires) l'effet de la jurisprudence défavorable aux mandataires salariés, laquelle s'arroge le droit de réduire le montant du salaire promis au mandataire si la rémunération librement convenue paraît

dépasser la valeur des services rendus. Dans le cas d'entreprise, la convention fait la loi des parties et la rémunération est irréductible;

3° En matière de révocation de mandat la révocation est de droit; l'agent d'affaires, s'il est traité comme un mandataire, ne saurait être indemnisé du chef de la révocation, au moins en principe. C'est la même situation pour l'intermédiaire en fonds de commerce. En outre, la faculté de se départir du contrat appartient à l'un comme à l'autre au mandant comme au mandataire, au client comme à l'agent ou à l'intermédiaire (2004 et 2007 C. C.). Il en est tout autrement en matière d'entreprise : a) et par suite l'agent d'affaires qualifié d'entrepreneur obtiendrait en cas de révocation le dédommagement de toutes ses dépenses et de tout le bénéfice qu'il pouvait espérer de l'opération confiée à ses soins; b) le client a du reste seul le droit de résilier le contrat d'entreprise. Cette faculté unilatérale, à la seule volonté du client, est une faculté vraiment exceptionnelle qu'a instituée un texte formel (1794 C. C.);

4° En l'absence de toute convention expresse ou tacite écartant le droit au remboursement, l'agent d'affaires conserve en tout état de cause le droit au remboursement de ses débours et à l'indemnité de ses peines s'il est tenu pour mandataire. C'est ce qui résulte de l'art. 1999, lequel est, par suite, applicable à l'intermédiaire. Si l'agent d'affaires est tenu pour entrepreneur, il n'a pas droit au salaire convenu que si son travail est entièrement achevé, ou s'il démontre une faute à la charge du client;

5° Nous avons gardé pour la fin la plus importante des conséquences de la distinction. Dans la plupart des cas où il s'agit d'un mandat, la représentation produit ses effets. C'est dans la personne du mandant (ici du client) que naissent les droits et les obligations résultant des agissements du mandataire (l'agent d'affaires ou l'intermédiaire). Ainsi les fautes commises par l'intermédiaire, ses déclarations inexactes réfléchissent sur le client; au contraire, en matière d'entreprise, il ne peut être question de représentation.

L'énumération un peu sèche, que nous venons de faire, des conséquences du mandat comme de celle de l'entreprise, laisse apercevoir combien la qualité d'entrepreneur est en général préférable pour l'agent d'affaires à celle de mandataire. Entrepreneur, il ne risque pas de voir se réduire son salaire par l'appréciation généralement malveillante des Tribunaux; mandataire, les Tribunaux lui diminuent fréquemment la rémunération convenue. De même, la révocation de l'agent par le client est de nature à nuire à l'agent d'affaires, considéré comme mandataire, puisqu'il n'a droit à aucune indemnité du chef de la révocation, alors qu'il en est autrement en matière d'entreprise, aux termes de l'art. 1794 C. C. De ces deux conséquences, l'une, celle de la réductibilité des salaires convenus, nous paraît provenir d'une fausse interprétation des principes en matière de mandat par la jurisprudence, et nous la discuterons plus loin. Mais, quant à l'autre, elle nous paraît commandée par les termes de l'art. 2004 C. C. puisque ce texte institue la

faculté réciproque de révocation « ad nutum » sans aucune réserve.

D'autre part, s'il est vrai que l'agent d'affaires peut, en qualité de mandataire :

a) Renoncer au mandat, droit que nous ne lui reconnaissons pas s'il possède la qualité d'entrepreneur ;

b) Exercer l'action solidaire contre les codébiteurs qu'il ne peut faire valoir à défaut de texte en matière d'entreprise, ce sont là deux prérogatives accessoires dont l'agent use rarement dans la pratique; la faculté de révocation est bien plus souvent exercée par le client contre lui.

Nous ne voyons guère qu'une hypothèse où la théorie du mandat vient en aide à l'agent d'affaires beaucoup plus que celle du contrat d'entreprise, c'est celle où l'agent, sans accomplir la négociation dont il était chargé, a du moins fait des dépenses et des démarches. Mandataire, il a droit à une indemnité correspondant aux débours faits et aux peines prises, car c'est un principe certain que le mandataire doit indemniser le mandant des suites du mandat. Entrepreneur, il n'a, hors le cas de révocation, droit à aucune rémunération; car, la condition, à laquelle était subordonnée celle-ci n'a pas été réalisée.

De même, supposons qu'un accident ou autre dommage ait été occasionné au mandataire dans l'exercice de son mandat et sans qu'il y ait une faute à lui reprocher, nous croyons qu'il a droit à une indemnité. Par contre, en matière d'entreprise, il doit prouver une faute à la charge de son commettant.

Les observations qui précèdent ne s'appliquent que partiellement à l'intermédiaire, puisque nous découvrons en lui la qualité de mandataire et jamais celle d'entrepreneur.

40

La jurisprudence ne s'est pas embarrassée des raisonnements des auteurs. Elle n'a pas identifié le contrat d'agence ou d'entremise à un louage de services ni à un contrat d'entreprise. Adoptant une théorie très extensive du mandat, elle a toujours décidé que le contrat d'agent d'affaires constitue un mandat salarié. Elle identifie, à ce point de vue, l'intermédiaire à l'agent d'affaires. Le premier arrêt remonte à 1818 (1) S. 18, 1, 234.

Elle ne formule nulle part nettement, en ce qui concerne l'intermédiaire, la distinction que nous avons proposée de la phase essentielle et de la phase facultative du mandat. Toutefois, cette distinction nous paraît devoir être déduite de plusieurs décisions (2), aux termes desquelles les Tribunaux reconnaissent le droit à la commission, dès que l'in-

(1) Autres arrêts conformes : pour l'agent d'affaires, Cass., 11 mars 1824 ; S., 1825, 1, 133. — Montpellier, 27 juin 1855 ; D. P. 56, 1, 21 ; Civ. Cass., 9 mai 1866 ; D. P., 66, 1, 246. — Douai, 20 avril 1891 ; D. P., 92, 2, 51 ; Cass., 15 juill. 1896 ; D. P. 96, 1, 561 ; Civ. Cass., 2 mai 1900 ; D. P., 00, 1, 364. — Pour l'intermédiaire : Com. Seine, 26 juill. 1906 ; D. P., 1907, 5, 1 ; 23 juill. 1910 ; D. P., 1910, 5, 1 ; Req. Cass., 12 déc. 1911 ; D., 1913, 1, 130 ; Req. Cass., 11 mars 1913 ; D. 1913, 1, 408.

(2) Paris, 17 avril 1885 ; J. C., 86, p. 28, n° 10910. — Paris, 23 mars 1904 ; *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 728 ; 21 avril 1904 ; *Loi*, 5 juill. 1904 ; *Comm.* Rouen, 25 mai 1903 ; *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 71 ; Civ. Seine, 24 juin 1904 ; *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 263 ; comp. Paris, 5 déc. 1871 ; J. C., n° 7233, xxi, 97.

termédiaire a mis les parties en rapport. Ainsi les arrêts ne traitent pas différemment, au point de vue de la commission, l'intermédiaire qui s'est borné à faire connaître l'acquéreur au vendeur et l'intermédiaire qui, multipliant ses démarches, a en outre rédigé les accords, fait les publications, reçu les oppositions et réparti le prix entre les créanciers.

Il est bien à remarquer que l'intermédiaire est indifféremment appelé mandataire et agent d'affaires, rarement intermédiaire, dans les décisions multiples que nous venons de rapporter.

Quant à la gratuité du mandat, les arrêts décident que non seulement la promesse d'un salaire n'est pas contraire à l'essence du contrat de mandat, mais que le salaire est censé tacitement stipulé et promis dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par profession et ce malgré les termes apparemment contraires de de l'art. 1999 alinéa 1^{er}; par exemple, dans les mandats conférés à des avoués ou à des agents d'affaires et dans les commissions données à des courtiers ou à des commissionnaires. On retourne à la règle de la gratuité, s'il s'agit d'un mandataire non professionnel. Celui-ci n'a droit à une rémunération qu'autant qu'elle est convenue. C'est à lui de faire la preuve, et à défaut de cette preuve, il ne pourra exiger aucun émolument (Cass. Req., 1^{er} déc. 1891; D. P., 92, 1, 209; Req., 15 juill. 1896; D. P., 1896, 1, 561).

C'est ainsi, disons-le en passant, que la jurisprudence ne considère pas le notaire comme un mandataire profession-

nel, à ce point de vue. Pour l'avocat, la solution est contraire. La profession des avocats consiste à faire des actes pour le compte d'autrui (Sic, Agen, 4 mars 1889; D., 90, 2, 281; Aix, 14 juin 1905; D., 1911, 2, 185; Paris, 26 fév. 1908; S., 1909, 2, 297; Comp. Dijon, 17 juill. 1905; S., 1907, 2, 172.

La conséquence de cette jurisprudence pour l'intermédiaire c'est que même s'il a eu l'imprudence de ne pas se faire remettre de bon de commission, il a droit à la rémunération de ses déboursés et de ses démarches, du moment qu'il prouve l'existence du mandat qui lui a été confié (1).

La jurisprudence applique d'ailleurs à l'agent d'affaires et plus rigoureusement peut-être qu'à tout autre mandataire salarié le principe de la réductibilité des salaires du mandataire, en cas d'excès de ceux-ci (2). C'est aussi la théorie du mandat salarié qui fonctionne quand il s'agit d'apprécier la responsabilité de l'intermédiaire (3). Nous étudierons une à une ces importantes questions à la place qui leur convient.

Mentionnons pour la discuter ultérieurement la question du caractère du mandat de vendre le fonds de commerce conféré à l'intermédiaire. Ce mandat est civil pour un cer-

(1) Paris, 17 avril 1885; J. C., 86, p. 281; Comm. Seine, 22 févr. 1889; Le Droit, 10 mars 1889; Trib. Com., Le Havre, 17 févr. 1897; *Recueil du Havre*, 1897, 1, 32.

(2) Civ., 9 mai 1866; D. P., 66, 1, 246; Civ., 29 janv. 1867; D. P., 67, 1, 53; Req., 23 févr. 1877; D. P., 78, 1, 18; Req. 24 févr. 1891; D. P., 91, 5, 336; Cass. Req., 12 déc. 1911; D. 1913, 1, 130.

(3) Dijon, 17 avril 1873; D. P., 76, 2, 167. — Paris, 3 déc. 1902; D. P., 1904, 2, 418.

tain nombre d'arrêts et de jugements (1). Pour un bien plus grand nombre (2), le mandat est commercial, parce qu'il se rattache intimement à l'exploitation du fonds de commerce. Dernier arrêt en ce sens : Cass. Req., 12 déc. 1911; D., 1913, 1, 130.

Il nous faut insister sur la considération des éléments essentiels auxquels la jurisprudence reconnaît le mandat.

Aucun arrêt n'a accueilli la vieille tradition de la hiérarchie des professions et des contrats. En d'autres termes, le système suivant lequel une personne, qui exerce une profession libérale, ne contracte pas un engagement juridique, lorsqu'elle promet ses services juridiques « res inæstimabiles », n'a aucun écho en jurisprudence. Celle-ci oscille entre deux systèmes :

1^{er} système : c'est au pouvoir de faire un acte juridique au nom d'une tierce personne, de la représenter en un mot, que se reconnaît le mandat; Sic. Civ. Cass., 14 avril 1886; D. P., 1886, 1, 220. Voir *a contrario* Civ. Cass., 24 janv. 1882; D. P., 82, 1, 65; Req., 13 fév. 82; D. P., 82. 1, 419.

2^e système : le mandat implique l'indépendance du mandataire, sa liberté de conduire l'affaire dont il est chargé ainsi qu'il l'entend; Sic. Agen, 4 mars 1889; D. P., 1890, 2, 281. C'est à l'adoption de ce dernier système que nous avons conclu en raison principalement des termes de l'art. 1986 C. C.

(1) Cass. Req., 24 avril 1861; D. P., 61, 1, 256; Paris, 10 juillet 1857; D. H., 57, 2, 152. — Rennes, 31 mars 1892; D. P., 93, 2, 79.

(2) Lyon, 15 mars 1856; D. P., 56, 2, 201. — Paris, 30 juill. 1870; D. P., 71, 2, 16; Cass., 8 mars 1880; D. P., 81, 1, 161; Cass., 23 mars 1891; D. P., 91, 1, 485; Req. Cass., 12 déc. 1911; D., 1913, 1, 130.

CHAPITRE IV

DE LA RÉMUNÉRATION DES AGENTS D'AFFAIRES ET SPÉCIALEMENT DE LA COMMISSION DUE AUX INTERMÉDIAIRES EN FONDS DE COMMERCE.

C'est encore aux principes du mandat, qu'il faut faire appel pour déterminer s'il est dû une rémunération à l'agent d'affaires ou une commission à l'intermédiaire. Rappelons donc quelques-unes des règles applicables en l'espèce aux termes de l'art. 1985 C. C. Le mandat salarié n'est soumis en principe pour sa validité à l'observation d'aucune formalité; il peut être exprès : en ce cas, il est donné par écrit ou verbalement; il peut aussi être tacite, sauf dans ce dernier cas les difficultés d'appréciations que rencontrent les Tribunaux (1).

S'il y a contestation sur l'existence du mandat, la preuve n'en est reçue que dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire sous les restrictions prescrites par les art. 1341 à 1349 que nous résumons : on ne peut prouver le mandat donné verbalement que dans les cas où la preuve par

(1) La remise de pièces à un mandataire professionnel, agent d'affaires ou officier ministériel entraîne collation de mandat, Cass., 18 févr. 1851; D. P., 1851, 1, 299; Cass., 20 nov. 1888; D. P., 89, 1, 413.

témoins est admise d'après le droit commun, c'est-à-dire si l'objet du mandat ne dépasse pas 150 fr. à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit (1). Cette règle n'est pas applicable seulement dans les rapports entre le mandant et le mandataire. Elle s'impose aux tiers comme aux parties elles-mêmes (2). En matière commerciale, le mandat peut être prouvé par témoins ou résulter de simples présomptions, même si l'intérêt dépasse 150 fr. L'existence du mandat peut aussi être établie par l'aveu du mandant ou du mandataire. Lorsque l'existence du mandat est établie par les règles ordinaires de la preuve des obligations conventionnelles, il appartient aux Tribunaux d'en apprécier l'étendue et d'en fixer les limites, leur appréciation est souveraine.

Le mandat tacite est soumis aux mêmes règles de preuve que le mandat verbal. Il peut résulter des présomptions et circonstances de la cause lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (3);

1° Par application des règles sus-énoncées, l'agent d'affaires qui actionne le client en paiement de sa rémunération, l'intermédiaire qui réclame le paiement de sa commission, doivent d'abord faire la preuve qu'ils ont reçu

(1) Paris, 3 déc. 1902; D. P., 1904, 2, 418.

(2) Civ. Cass., 19 juill. 1894; D. P., 95, 1, 125.

(3) Nîmes, 16 avril 1894; D. P., 96, 2, 558; Civ. Cass., 29 déc. 1875; D. P., 76, 1, 449; Req. 7 nov. 1899; D. P., 99, 1, 563; S., 1901, 1, 25; Civ., 4 nov. 1902; D. P., 1902, 1, 520; Req., 2 janv. 1907; D. P., 1910, 1, 262; S., 1911, 1, 19.

mandat (1). Les modes de preuve sont différents, suivant qu'il s'agit du mandat donné à l'agent d'affaires qui peut être civil dans certains cas (ainsi le mandat donné à un agent d'expropriation de suivre les opérations d'expropriation d'un immeuble; le mandat à un intermédiaire, pour vendre un immeuble ou un office ministériel présentent le caractère civil) ou suivant qu'il s'agit du mandat de vendre un fonds de commerce, que nous démontrons plus loin être presque toujours commercial (2). S'il est vrai, qu'en principe, la preuve de la convention intervenue peut, en ce dernier cas, être administrée par tous moyens et même par simples présomptions, conformément à l'art. 109 C. Com. les Tribunaux se montrent généralement sévères pour l'intermédiaire. Il agira prudemment en présentant un bon de commission émanant du vendeur, ou tout au moins une correspondance qui établisse clairement son entremise. Sans cela, il risquerait fort de n'être pas admis à la preuve testimoniale (qui est laissée à l'appréciation du Tribunal) et d'être débouté de sa demande.

Il ne suffirait pas, notamment, à l'intermédiaire de prétendre qu'il a été chargé de négociations, alors qu'il a simplement pris quelques renseignements sur une vente qui s'est effectuée en dehors de lui.

(1) Paris, 8 mars 1882; J. C., 31, 523. Voir surtout C. de Paris, 26 févr. 1914; *Gaz. du Pal.*, 1914, p. 54.

(2) Application des règles du mandat commercial en ce cas : v. Cass. Req., 15 juill. 1875; D. P., 77, 1, 323; Req., 13 mai 1881; D. P. 1883, 1, 124. Voir également Paris, 6 mars 1902; *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 316; Com. Le Havre, 17 févr. 1897; *Rec. du Havre*, 97, 132.

Cela signifie-t-il, qu'à défaut d'avoir fourni la preuve du mandat, l'intermédiaire se verra, dans tous les cas, refuser audience? Et déclarer non recevable en son action en paiement d'honoraires? Il n'en sera pas ainsi, s'il peut fonder sa réclamation sur les principes de la gestion d'affaires, même à la rigueur sur l'action de *in rem verso*, comme si, par exemple, le client, ayant refusé de signer un bon de commission, a, néanmoins, accueilli les amateurs présentés par l'intermédiaire et a, finalement, traité avec l'un d'eux. Nous verrions plutôt dans cette espèce, un cas de mandat tacite, mais l'application de l'art. 1372 peut également être soutenue, surtout avec l'extension considérable que lui donne la jurisprudence (1). Notre observation que l'intermédiaire peut invoquer la gestion d'affaires, reconnaissons-le, est plus théorique que pratique (2). Les Tribunaux de commerce déboutent volontiers l'agent d'affaires qui ne peut faire la preuve d'un mandat exprès (résultant d'un bon de commission ou d'une correspondance formelle) et se montrent réfractaires à baser une condamnation du client sur les règles de la gestion d'affaires ou de l'action de *in rem verso*.

2° Nous supposons que le fait du mandat ait été établi. L'agent qui a fait des dépenses ou des démarches pourra-

(1) Req., 18 juin 1872; D. P., 72, 1, 471; Req., 16 juill. 1890; D. P., 92, 1, 49. — Dijon, 17 juill. 1905; D. P., 1907, 2, 369.

(2) Quelques décisions reconnaissent le droit de l'agent d'affaires à une indemnité s'il a fourni quelques renseignements dont les vendeurs ont pu profiter. Paris, 19 juin 1862; J. C., n° 3986, XI, 358. Voilà bien une application de l'action de *in rem verso*.

t-il en obtenir le remboursement avec allocation d'un salaire si la vente projetée ne s'est pas faite, soit que celle-ci ait manqué sans le fait du vendeur, soit que, au contraire, le cédant ait refusé d'agréer les acquéreurs présentés?

La théorie du mandat vient ici au secours de l'agent, alors que celle du louage conduirait à le déclarer mal fondé en sa demande de paiement : en l'absence de toute convention s'expliquant clairement sur la question et écartant notamment le droit aux honoraires lorsque la vente n'est pas conclue, nous croyons que, par application de l'art. 1999 C. C., les Tribunaux devraient, en principe, accorder une indemnité correspondante aux débours faits et aux peines prises. Toutefois, les Tribunaux pourraient, en interprétant la volonté des parties, écarter la demande si leur intention commune avait été de subordonner le paiement d'une rémunération quelconque à la réussite de l'affaire (1). Ils devraient tenir compte des usages. En aucun cas, l'intermédiaire ne devrait obtenir la commission convenue (puisque son mandat n'a pas été intégralement exécuté), mais une simple indemnité.

3° Ordinairement, la réclamation de l'intermédiaire s'élève à l'occasion d'une vente conclue. L'intermédiaire avant d'aborder le fond a une double preuve à rapporter dans ce cas ; sous peine d'irrecevabilité, il doit établir le fait du mandat qui lui a été conféré et le fait de la conclusion de la vente. Sur le premier point, nous nous référons à nos

(1) Cass. Req., 15 déc. 1856 ; D., 57, 1, 170 ; Cassation, 15 juill. 1896 ; D., 96, 1, 560.

précédentes explications. La seconde démonstration peut être parfois gênante et difficile pour l'intermédiaire : par exemple si les publications n'ont pas été effectuées, ce qui est légalement possible (1); car, le législateur n'a pas prescrit que ces formalités soient d'ordre public. On peut aussi supposer que les publications ont été intentionnellement retardées pour faire échec à la demande de l'intermédiaire, ou encore qu'elles ont été faites dans un journal d'annonces judiciaires peu lu qu'il n'aura pas su découvrir. S'il en est autrement, la production d'un exemplaire du journal d'annonces judiciaires qui relate l'insertion, suffit pour démontrer au Tribunal que la cession a été réellement effectuée.

Cette double question préjudicielle, une fois tranchée au profit de l'intermédiaire, les Tribunaux ne lui allouent la commission que s'il justifie que c'est *par son entremise* que la vente a été réalisée (2).

C'est donc le cas de sa demande à quoi se ramène « l'entremise » ou bien en quoi doit consister l'intervention de l'intermédiaire pour que la commission lui soit due.

La solution de cette question offre en outre l'intérêt de

(1) Malgré les instances de la Chambre de Commerce de Paris qui demandait que les parties ne pussent déroger à l'obligation des publications par une convention expresse. La sanction très rigoureuse de l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909 a répondu en partie à la préoccupation de la Chambre de Commerce.

(2) Il est bien entendu que si la vente était, pour sa validité, soumise à une condition suspensive, laquelle ne s'est pas réalisée, la commission n'est pas due. Ainsi jugé pour la vente d'un débit de tabac, l'acquéreur n'ayant pas obtenu l'agrément de l'administration. Paris, 2 juin 1888, n° 1602, xxxviii, 419.

régler le conflit qui fréquemment s'élève entre plusieurs intermédiaires se présentant pour revendiquer la commission.

Commençons par préciser les difficultés qui se produisent dans la pratique à ce sujet, et de la sorte approfondissons le mécanisme d'une vente de fonds de commerce.

Lorsque le propriétaire du fonds de commerce, désireux de s'en débarrasser, donne mandat à l'intermédiaire de lui procurer un acquéreur, il est rare qu'il s'adresse à un seul agent. A supposer qu'au début, il n'ait confié la vente de son fonds qu'à une seule personne, il perd vite patience pour peu que la cession se fasse attendre. Il est l'objet de nombreuses sollicitations, car son intention de vendre se trouve divulguée par les indiscretions des uns et des autres. Bref, il est sans exemple que divers intermédiaires ne s'occupent simultanément et concurremment du même fonds de commerce. Leur conflit se conçoit dès lors à merveille, surtout si on observe que les différents intermédiaires procèdent tous de la même manière, se trouvent avoir presque les mêmes clients : ils font en effet insérer dans les mêmes journaux des annonces susceptibles d'attirer les amateurs. Ces annonces habilement tournées, de manière à s'appliquer à toute une catégorie d'affaires, attirent fréquemment dans nombre de Cabinets des amateurs sérieux ou de simples curieux (sans parler des concurrents peu scrupuleux, désireux de s'emparer de l'affaire annoncée). C'est à l'intermédiaire qu'il appartient de discerner les uns des autres, de les accompagner aux

fonds à vendre et de les présenter aux clients. L'intermédiaire ne s'en tient pas là. Encore que juridiquement on puisse soutenir que son rôle est terminé par la mise en rapports, il suit, s'il est prudent, la négociation d'aussi près qu'il est possible, car il connaît et les ruses de ses concurrents et les mille détours qu'emploie le vendeur (et auxquels généralement se prête l'acquéreur) pour éluder le paiement de la commission convenue. Il multiplie ses démarches, provoque les rendez-vous, y assiste, il combat les prétentions exagérées du vendeur, il pousse l'acheteur à offrir un prix plus élevé. Quand l'accord est sur le point d'être fait, l'intermédiaire a soin qu'il aboutisse en son Cabinet où ses arguments pressants dissipent les dernières hésitations, et où un compromis est rédigé sur l'heure avec les conditions essentielles de la vente : prix, conditions de paiement, date de la prise de possession, versement immédiat par le vendeur d'un dédit (ou plutôt d'un acompte) dont l'intermédiaire est constitué dépositaire. La vente est de la sorte ferme et la commission définitivement acquise. Domicile est élu chez l'intermédiaire qui est chargé de recevoir les oppositions, s'il y a lieu, d'effectuer les publications légales et au besoin de répartir le prix entre les créanciers. Ainsi se traitent les ventes de fonds de commerce, et ainsi l'on conçoit l'utilité de discerner celui qui a mené à bonne fin le mandat que le vendeur lui a confié, puisque c'est celui-là, à l'exclusion des autres, qui a droit à la rémunération fixée par le bon de commission à 5^o/_o, 10^o/_o et parfois davantage.

Ces explications de fait et de pure pratique étant données, nous comprendrons mieux les tendances diverses de la jurisprudence et nous serons davantage à même d'en faire la critique.

1° Certains jugements exigent pour allouer la commission que l'intermédiaire ait accompli d'un bout à l'autre toutes les formalités que nous venons de relater et si un autre intermédiaire ou un agent d'affaires vient à s'interposer, par exemple pour rédiger l'acte de vente ou le compromis, ces décisions expriment que le mandat de l'intermédiaire n'a pas été accompli intégralement; que la vente ne s'est pas conclue *par son entremise*. Par suite, l'intermédiaire n'a pas droit à la commission, mais à l'indemnité de ses peines et soins suivant l'appréciation du Tribunal (1).

La jurisprudence qui précède ne nous satisfait pas, parce qu'elle n'adopte pas la distinction de la phase essentielle et de la phase facultative de la mission de l'intermédiaire, telle que nous l'avons formulée précédemment. Elle méconnaît absolument qu'il existe deux parties dans le rôle joué par l'intermédiaire à l'occasion d'une vente de fonds de commerce; une première, au cours de laquelle l'intermédiaire est mandataire ou vendeur et qui consiste à rechercher un acquéreur, ainsi qu'à le mettre en rapports avec le cédant; une seconde, laquelle comprend la rédaction des actes de vente et de cession de bail, les publications légales, la réception des oppositions,

(1) Com. Seine, J. C., 14 déc. 1860, n° 3437, x, 85.

la répartition du prix, et pendant laquelle l'intermédiaire est le mandataire de l'acquéreur.

Ne ressort-il pas cependant de cette distinction que la partie la plus importante du rôle de l'intermédiaire, celle-là même qui lui donne sa raison d'être et qui explique son intervention, c'est la première? La seconde, au contraire, pourrait être tenue par n'importe qui, par le vendeur ou par l'acquéreur ou par un tiers quelconqué. Il est si vrai que ces deux phases de l'entremise sont distinctes que, dans la pratique, l'intermédiaire se fait promettre deux salaires différents : l'un généralement important par le vendeur pour lui procurer l'acheteur. C'est la commission. L'autre modique par l'acheteur, pour les peines prises dans la rédaction des actes, l'accomplissement des formalités et autres consécutives (pour être rigoureusement exact, nous devrions envisager un 3^e salaire que se fait payer l'agent, l'honoraire de répartition que supporte généralement la masse des créanciers opposants);

2^o Nous trouvons par conséquent bien préférable, comme plus exacte dans l'analyse, une jurisprudence affirmée par de nombreux arrêts, qui déclare que l'intermédiaire pour la vente d'un fonds de commerce, lequel s'est chargé de rechercher un acheteur, a complètement rempli son mandat, dès qu'il a trouvé l'acheteur, mis en rapport ce dernier avec le cédant, et a droit à sa commission alors même qu'il n'aurait pas rédigé l'acte de vente (1).

(1) En ce sens, Paris, 17 avril 1885; J. C., n^o 10910, XXV, 281 — Comparer Paris, 5 déc. 1871; J. C., n^o 7233, XXI, 97.

Et nous approuvons sans réserve cette autre décision de la Cour de Paris (1) qui dispose « qu'un commerçant ne peut se refuser à payer à l'intermédiaire avec l'aide duquel il a conclu un marché, la rémunération promise, même alors que s'agissant d'une vente d'immeubles, elle aurait été définitivement réalisée par un autre intermédiaire, auquel le vendeur aurait payé la commission si la vente a été réellement faite sur *l'indication* et la *présentation* du premier intermédiaire ».

L'esprit des jugements et arrêts auxquels nous faisons allusion (2) est de réserver la commission à l'intermédiaire d'une vente de fonds de commerce dès qu'il est établi qu'il a satisfait à tous ses engagements, en déterminant l'acquéreur à entrer en rapports avec le vendeur, alors même que les dernières formalités de la vente auraient été accomplies en dehors de lui. C'est parce que l'intermédiaire a ainsi accompli le mandat qu'il tenait du cédant que les Tribunaux lui reconnaissent le droit à la commission;

3° La jurisprudence est bien moins fixée, quand l'intermédiaire, au lieu de mettre en rapports par une présentation vendeur et acquéreur, s'est borné à fournir l'indication du fonds à vendre à l'acheteur, lequel s'est

(1) Paris, 9 nov. 1873; J. C., n° 3017, XXIII, 190.

(2) Sic., Paris, 23 mars 1904. — *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 728. — 21 avr. 1904. — Loi, 5 juill. 1904. — Com. Rouen, 25 mai 1903. — *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 71. Civ. Seine, 24 juin 1904. — *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 263. — Paris, 31 déc. 1890; Pand. Fr., 1891, 2, 195. — Voir également, Trib. Civ., 28 juin 1895; *Gaz. Pal.*, 95, 2, 182. — Paris, 27 juin 1863. — D., 63, 2, 164.

rendu acquéreur par la suite sans que l'intermédiaire ait été mêlé ni à la présentation, ni aux négociations.

On peut se demander si, en pareil cas, l'intermédiaire a droit à la commission. Nous adoptons fermement l'affirmative parce que nous croyons, quant à nous, que l'intermédiaire est avant tout un *indicateur* de fonds à vendre et nous appuyons notre opinion sur deux arguments : l'un juridique, c'est que le conseil d'État classe dans les agents d'affaires (5^e classe) les intermédiaires qui se bornent à l'*indication* de fonds de commerce, sans se charger de rédiger les actes; l'autre, moral et pratique, il nous semble que dans l'impossibilité où il se trouve habituellement de connaître à fond les affaires qu'il présente, l'intermédiaire n'est pas tenu de prendre une part directe aux négociations de la vente, mais qu'il satisfait à sa mission en se bornant à fournir l'indication du fonds à céder avec quelques renseignements sommaires : l'obliger à participer aux négociations d'une manière active est pour nous l'inciter à des affirmations, à des pressions qui n'ont pas leur raison d'être puisqu'il ne sait pas exactement ce qu'il y a de bon et de mauvais dans l'affaire qu'il présente. *Et il ne peut pas le savoir!*

En outre, nous raisonnons comme suit : puisqu'on admet que la conclusion de la vente à laquelle est subordonné le paiement de la commission est l'objet primordial des prévisions des parties, si elle se réalise par l'effet de l'indication, l'agent est fondé à réclamer la commission. On pourrait même s'exprimer autrement : l'intermédiaire peut être

considéré comme ayant rempli son mandat dans une vente de fonds de commerce lorsqu'il a procuré un acheteur au vendeur, dès lors la commission lui est due dès qu'il prouve que c'est grâce à lui que leur rapprochement a eu lieu.

La solution nous paraît évidente au cas où le bon de commission contient la clause habituelle ou du moins très fréquente que « la commission sera due à l'intermédiaire en cas de vente intervenue par son entremise ou sur *sa simple indication* ».

Nous en tirons une conséquence intéressante, c'est que si comme il est fréquent, un acquéreur s'est adressé à plusieurs intermédiaires, la commission est due à celui qui l'a indiqué au vendeur le premier (1). Ajoutons à ce propos qu'il n'est pas tenu de partager avec son concurrent, mais celui-ci aurait le droit de s'adresser pour la rémunération de ses peines et soins au vendeur qui aurait continué d'utiliser ses démarches auprès de l'amateur sans le prévenir de la première mise en rapports ou même à l'acheteur qui se serait servi de lui en gardant le silence sur ses rapports avec l'autre intermédiaire. En aucun cas, il ne serait dû deux commissions.

Mais il s'en faut que notre théorie favorable à l'intermédiaire soit admise par la jurisprudence. Celle-ci oscille entre deux systèmes :

(1) La jurisprudence refuse parfois toute indemnité à l'agent qui s'est borné à faire des annonces banales dites « omnibus ». Com. Seine, 12 nov. 1857, J. C., n° 2317, VII, 8.

1^{er} système : l'indication donnée par l'intermédiaire à l'acquéreur est sans aucune valeur, il n'est rien dû à l'intermédiaire, ni commission, ni indemnité ! Dernier jugement : 29 juill. 1910 ; Com. Seine ; J. C., 1912, n° 186, 6, 91. Attendu (Com. Seine, 11 fév. 1853 ; J. C., 2, 163) que l'intermédiaire s'est borné à faire des publications et à donner des indications banales à diverses personnes parmi lesquelles au bout d'un an s'est trouvée fortuitement celle qui est devenue acquéreur, mais par l'entremise d'un autre ; attendu que s'il est vrai que l'intermédiaire avait stipulé que cette simple indication lui vaudrait comme exécution complète de son mandat, il résulte de cette combinaison qu'il pouvait à son gré ne pas accomplir la condition essentielle du salaire qui lui était attribué à savoir la vente du fonds obtenue par ses soins et ses démarches ; qu'il avait même intérêt à la négliger et à s'en affranchir, puisque l'immobilité devait lui profiter autant qu'une entremise active ; qu'il est advenu, ce qui était immanquable, que le vendeur s'est adressé à d'autres intermédiaires qu'il a dû rémunérer encore ; qu'en cet état un pareil contrat doit être considéré comme abusif, qu'il est vicié dans sa partie essentielle et ne saurait être consacré par le Tribunal.

Mais l'intermédiaire ayant stipulé une somme de 50 fr. au cas où la vente aurait lieu en dehors de son entremise, le vendeur est condamné à lui payer cette somme.

« Considérant (dit l'arrêt de la C. de Paris en date du 11 fév. 1881, loi 19 oct. 1881), qu'il résulte des documents de la cause que X... n'a pas directement participé aux

négociations et aux traités qui ont eu pour objet la cession du fonds de commerce de Y..., que ces opérations ont été conduites par un autre intermédiaire; qu'il apparaît que l'intermédiaire a fourni à l'acquéreur du fonds une note où il était mentionné avec plusieurs autres et qu'une énonciation aussi vague ne serait pas à elle seule susceptible d'une rémunération appréciable ».

La théorie des deux décisions qui précèdent (1) est bien évidemment à l'opposé de la thèse que nous venons de défendre. Elle méconnaît, en effet, que l'office des intermédiaires soit principalement et presque uniquement l'indication des affaires à vendre, profession, à notre avis, aussi licite qu'une autre; l'ignorance des magistrats, en ce qui concerne le fonctionnement d'une agence de fonds de commerce, les conduit à ne pas respecter des conventions correctes, parce qu'elles sont licites, onéreuses et même aléatoires pour l'intermédiaire. Au surplus, le vendeur qui connaissait par le premier intermédiaire le fonds à vendre, l'acquéreur qui avait été avisé de cet amateur, commettaient en accueillant les propositions du deuxième intermédiaire une faute dont l'arrêt de la Cour ne fait pas état à tort. L'allocation à l'intermédiaire de l'indemnité de 50 fr. parce que la vente s'est faite sans lui était bien autrement contestable, du moment que l'immobilité du mandataire et l'inanité de ses démarches était reconnue dans l'arrêt de 1853.

(1) Voir aussi, dans le même sens, *Com. Seine*, 16 fév. 1885; *J. C.*, n° 10812, XXXV, 34. — *Contra*, *Paris*, 8 mars 1882; *J. C.*, n° 10125, XXXI, 523.

2^e système : l'indication fournie par l'intermédiaire autorise l'allocation à son profit, non de la commission, mais d'une indemnité réduite et proportionnée à ses peines et soins (1). Dernier arrêt en ce sens : Com. Seine, 23 juill. 1910, *Gaz. Pal.*, 27 oct. On dit : le simple fait d'avoir remis une liste de fonds à vendre ne peut justifier le paiement à l'intermédiaire d'une commission dont le montant est généralement élevé. Cette commission est la rémunération de l'ensemble des soins que l'intermédiaire s'est engagé à donner à l'affaire. Elle est due légitimement si l'intermédiaire a commencé et terminé l'affaire; s'il a donné des soins spéciaux, fait des démarches personnelles. En un mot, s'il s'est *entremis* dans la vente. Mais s'il s'est borné à une simple indication, si la conclusion de la vente, loin d'être son fait, est due comme il arrive fréquemment, aux bons offices d'un autre, on ne peut dire qu'il mérite la totalité de la commission.

A ce raisonnement, on peut reprocher notamment une chose : c'est qu'aux termes de la convention, le vendeur a justement promis la commission pour le cas où l'intermédiaire donnerait une indication et rien de plus. La volonté des parties est formelle et doit être respectée. Elle le serait s'il s'agissait de tout autre qu'un agent d'affaires; mais nous allons voir que les Tribunaux n'hésitent pas à dénaturer les conventions des parties, toutes les fois qu'il s'agit

(1) Paris, 19 juin 1862; J. C., n° 3986, XI, 358; Paris, 8 mars 1882; J. C., n° 10125, XXXI, 523.

d'honoraires promis à un agent d'affaires ou un intermédiaire.

Réclamations de salaire formées par les agents publicistes, courtiers en mandats, courtiers marrons (Voir p. 17 et suivantes).

Nous aurons terminé nos explications relatives au salaire réclamé par les agents d'affaires et les intermédiaires quand nous aurons rapporté et justifié les solutions justement sévères qu'adopte actuellement la jurisprudence vis-à-vis des personnages sus-énoncés se présentant en justice pour réclamer leurs honoraires.

Ces pseudo-intermédiaires qui, ainsi que nous l'avons expliqué, ne vendent jamais de fonds de commerce, ne sortent guère des deux pratiques suivantes : les uns se font souscrire par le cédant des billets payables dès qu'ils auront inséré dans les journaux une publicité, laquelle est toujours en partie fictive, inefficace et sans valeur; les autres, après avoir fait signer à un négociant désireux de vendre son fonds un engagement dont la rédaction a été habilement préparée pour surprendre l'ignorance du signataire ne s'occupent aucunement de la vente, attendent patiemment qu'elle ait lieu par un intermédiaire sérieux et usent alors de la faculté de former opposition au paiement du prix dans les termes de l'art. 3, p. 4 de la loi du 17 mars 1909, espérant par cette attitude lasser le vendeur.

Les Tribunaux se sont longtemps crus désarmés devant ces deux catégories de fraude : d'abord, le cédant n'arrivait pas à justifier de manœuvres destructives de son consente-

ment; or tout commerçant(1) se doit à sa signature. Les Tribunaux constataient aussi : que la réalisation de la vente étant la seule condition mise au paiement de la commission, celle-ci était due par le seul fait que la vente se trouvait réalisée même sans l'intervention de l'agent véreux, demandeur au procès, qui parvenait quelquefois à faire la preuve de minimes démarches, par exemple d'avoir transmis l'indication de l'affaire à vendre à des Cabinets sérieux. Cette interprétation était pour nous trop étroite. Elle est heureusement abandonnée par les Cours et Tribunaux qui annulent le titre dont se présentent les agents véreux en question comme ne contenant pas d'obligation sérieuse à la charge de l'agent qui ayant exécuté une publicité à peu près illusoire n'a pas le droit d'exciper des promesses qui lui ont été faites en contrepartie de ses propres engagements. De plus, et avec juste raison, les arrêts voient dans les agissements que nous signalons des fraudes destructives du consentement du cédant. Dernières décisions : Com. Seine, 29 juill. 1910, J. C., 1912, n° 18.616, p. 91 ; — 24 mai 1910, J. C., 1912, n° 18.601, p. 38 (Affaire Buisson et Morel). Voir surtout C. d'Appel Paris, 12 fév. 1913, S. 1913, 2, 246. — Cet arrêt refuse toute indemnité au directeur du *Guide Industriel*, commercial et foncier qui s'était borné à faire des annonces dans son journal dénué de lecteurs. En somme, dans toutes les hypothèses que nous connaissons,

(1) La fraude commise par les agents dont nous parlons existe ; remarquons-le aussi bien dans les ventes d'immeubles que dans les ventes de fonds de commerce.

le client donnait à l'agent un mandat de vendre son fonds et ce mandat n'était jamais exécuté.

En pratique, les agents dont nous venons de parler éludent la jurisprudence en se faisant remettre par le naïf client une certaine somme pour la publicité, à valoir ou non sur la commission. Naturellement, ils n'en délivrent reçu que s'ils ne peuvent faire autrement. Les Juges pourraient ordonner la restitution totale ou partielle des sommes versées par application de la jurisprudence que nous venons d'examiner.

CHAPITRE V

RÉDUCTIBILITÉ DES SALAIRES DE L'AGENT D'AFFAIRES ET SPÉCIALEMENT DE L'INTERMÉDIAIRE.

Les Tribunaux ont une tendance marquée à réduire les salaires stipulés par les agents d'affaires et par les intermédiaires, même lorsqu'ils ont été librement consentis et qu'ils résultent d'une convention claire et précise, s'ils leur paraissent excessifs. Ce faisant, ils s'appuient sur des arguments divers que nous allons commencer par passer en revue, pour en examiner la valeur. Après quoi, en deux chapitres distincts, nous tenterons de dégager les nuances d'une jurisprudence particulièrement touffue, d'abord en ce qui concerne la généralité des agents d'affaires, ensuite pour les intermédiaires proprement dits :

1° Les arguments et les auteurs

1° On a quelquefois soutenu que la faculté de réviser les salaires des agents d'affaires en général, et des intermédiaires en particulier, résulte pour les Tribunaux des termes mêmes de l'art. 1999 C. C. Ce texte commence par dire que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat; qu'il doit, en outre, lui payer ses salaires lorsqu'il

en a été promis. Mais, dans son 2^e alinéa, l'art. 1999 parlant à la fois des avances faites par le mandataire et de ses salaires, décide que le mandant ne peut se dispenser d'en faire le remboursement et le paiement lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. Puis il ajoute, ne visant plus, cette fois, que les avances, « le mandant ne peut faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ». Cette dernière disposition, qui ne concerne que les avances, prouve, dit-on, qu'au contraire, les salaires peuvent être réduits quand ils sont excessifs. Nous ne croyons pas cette argumentation fondée. L'art. 1999 est rédigé en termes trop vagues pour que sa portée puisse être étendue jusqu'à abolir pour le cas particulier des mandataires salariés, les dispositions de principe découlant des art. 1118 et 1134 C. C. (1). Ces textes, parfaitement clairs, obligent le juge à respecter la convention des parties et à en assurer l'exécution, même lorsqu'elle est lésive pour l'une d'elles, et d'ailleurs l'art. 1999 ne prouve rien; car, on pourrait aussi bien dire : « Le Code ne parle pas de la réduction du salaire promis, parce qu'il est évident qu'on ne peut pas le faire réduire, s'il n'y a pas faute du mandataire, en vertu précisément de l'art. 1134; tandis qu'un mandat aurait toujours pu (si l'art. 1999 n'avait pas été écrit) discuter la note des frais et avances présentés par son mandataire, en disant qu'elle est excessive ».

(1) V. Paul Pont, *Des petits contrats*, 1, 1109. — MM. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 698.

La discussion de M. Paul Pont ne nous paraît, en résumé, aucunement probante.

2^o Troplong (ci-devant premier Président de la Cour de Cassation et auteur discuté) est inventeur d'un second argument à l'appui de la réductibilité, lequel a eu une rare fortune puisque, signalé en 1846 par Troplong dans son t. XVI du mandat n^o 32 et reproduit pour la première fois dans un arrêt de Bordeaux du 12 février 1857, rendu (alors que le même Troplong était Président de cette Cour d'Appel), il reparait encore périodiquement dans les décisions défavorables aux agents d'affaires, comme nous le verrons plus loin. Troplong, qui pensait que le caractère de gratuité distingue le mandat du louage d'ouvrage, écrivait donc : « Quand l'honoraire a été fixé par la convention, il peut être réduit s'il excède les bornes de l'usage et paraît exagéré. La jurisprudence maintient aux Tribunaux ce droit supérieur, droit qui découle *de la nature même du mandat* et des *différences qui séparent la commission de la location d'ouvrage*. Pourquoi les agissements de l'agent d'affaires sont-ils soumis à cette révision du magistrat? Parce qu'il faut qu'ils conservent le caractère de services, alors même qu'ils sont rétribués; parce qu'il ne faut pas que des conventions trop acerbes d'un côté, trop faciles de l'autre, enlèvent toute espèce de gratuité à un ministère si utile; parce que de tels agissements étant de la classe des mandats ne doivent pas être *tarifés arbitrairement par les parties*, comme dans le louage, parce que le salaire doit en rester modique, ainsi qu'il doit toujours être dans le mandat ».

Plus près de nous, M. Guillouard (traité des contrats aléatoires et du mandat n° 166, p. 495) a repris l'opinion de Troplong. La véritable raison de décider est, selon lui, dans le caractère de *gratuité* du mandat, qui pour n'être plus sous le Code civil un caractère essentiel de ce contrat, en ce sens qu'il est permis d'y convenir d'un salaire, n'en exerce pas moins sur lui une influence très grande, qui fait que le mandat, même salarié, n'est pas un contrat à titre onéreux ordinaire, où les parties peuvent fixer librement et irrévocablement le prix des services promis. De sa gratuité d'origine, le contrat de mandat conserverait un effet : c'est que le salaire qui y est stipulé ne peut être excessif et ne doit pas dépasser les bornes d'une rémunération modérée. Au-delà de ces limites, la convention de salaire serait, d'après M. Guillouard, illégale, contraire à la nature du mandat et ne devrait pas produire effet.

On conçoit à merveille la pensée louable qui guide les deux auteurs. Ils veulent soustraire les gens crédules ou désarmés à la cupidité et à la rapacité de certains agents d'affaires. Mais, en premier lieu, leur thèse va au-delà de cette préoccupation, puisqu'elle atteint tous les mandataires salariés, c'est-à-dire des personnes occupant les fonctions les plus variées et se livrant à toutes sortes d'actes très différents les uns des autres. Quant à l'argument juridique, il nous semble sans valeur; depuis que l'article 1986 a été écrit, le mandat constitue, par l'effet d'une stipulation de salaire, un contrat à titre onéreux que rien ne différencie des autres contrats onéreux. Où la loi décide-t-elle que le

mandat onéreux devra conserver en partie son caractère originel de gratuité? Il faudrait pour cela un texte qui n'existe pas. Aujourd'hui le contrat de mandat se présente sous deux aspects différents : ou bien un contrat gratuit par nature, ou bien un contrat franchement onéreux si les parties l'ont voulu tel. Et comme, depuis Pothier, l'aspect de la Société économique a bien changé, que le mandataire stipule toujours un salaire et que le mandant le lui concède parce qu'on ne se charge pas des intérêts d'autrui par simple bienveillance, le vieux mandat gratuit n'existe plus ou peu s'en faut (il y a l'exemple de l'exécuteur testamentaire, et c'est presque le seul).

Il importe peu que Pothier, dans des passages célèbres et souvent cités, ait pensé autrement; que Berlier, Tarrible ou de Greuille, participant aux travaux du Tribunat et du Corps législatif aient conclu à la gratuité naturelle du mandat, un texte existe et la valeur de leurs opinions ne dépasse pas celle du rapporteur d'un projet de loi en face d'une disposition légale, positive.

3^o Larombière (1) professe l'obscur théorie de la cause insuffisante « Lorsqu'une obligation est contractée sous l'empire d'un consentement irréfléchi ou passionné, dit Larombière, si elle est outrée, elle n'a pas de cause suffisante. Il appartient aux Juges d'apprécier la cause, d'en vérifier la suffisance et de réduire l'engagement aux justes proportions que la réflexion lui assigne et que

(1) Larombière, sur l'art. 1131, n^o 13.

l'ivresse seule d'un sentiment en délire avait fait dépasser » et plus loin : « En vain, objecte-t-on que le juge en modérant les conventions viole la loi du contrat. Les conventions ne sont, en effet, la loi des parties que lorsqu'elles sont légalement formées. Or les engagements dont nous nous occupons sont contraires à la loi, au moins pour toute la portion qui en constitue l'excès, et, à l'égard de laquelle, il y a défaut de consentement libre ou de cause suffisante ». Mais de deux choses l'une, ou bien on met dans le débat la question des vices de consentement, et alors en dehors du cas où le consentement a été vicié par l'erreur ou surpris par dol, il ne s'agit que de lésion, laquelle n'est pas une cause de nullité entre majeurs, ou bien on se réfère à la théorie de la cause, et, en ce cas, l'obligation assumée par le mandataire est la cause de l'obligation de payer le salaire, sans qu'on puisse concevoir de cause insuffisante.

Pour les auteurs anti-causalistes, l'argument ne se discute pas naturellement : aussi, tous sont partisans de l'irréductibilité de salaires du mandataire conformément à l'art. 1134 C. C.

D'ailleurs les auteurs les plus illustres se sont élevés contre la thèse de la jurisprudence, Laurent (1) est particulièrement énergique.

« Si les conventions sont une loi pour les parties, elles sont aussi une loi pour le juge. Il est appelé à exécuter les

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXVII, p. 393 et ss.

contrats et non à les modifier, aucune considération d'équité ne l'y autorise : quand il y a des raisons pour permettre au juge de modifier les conventions, c'est au législateur et à lui seul de voir si l'équité doit l'emporter sur le droit strict... Quelque inique que paraisse une convention, le juge doit l'exécuter. Le législateur laisse aux parties le soin de veiller à leurs intérêts et généralement elles le font avec plus d'exactitude et d'intelligence que ne le ferait le juge... Que si les parties se trompent, elles doivent s'en prendre à leur négligence, la loi ne vient pas au secours de ceux qui négligent leurs intérêts. Ces principes reçoivent leur application au salaire conventionnel... La convention fait la loi des parties quelque excessif que paraisse le salaire. Les parties l'ont voulu ainsi... Cela est décisif ».

M. Demolombe est du même avis, ainsi que M. Huc et MM. Aubry et Rau écrivent : « On ne saurait reconnaître aux Tribunaux le pouvoir de réduire le salaire promis sous le seul prétexte qu'il est excessif. Il en est ainsi, en principe même, pour le mandat conféré à un agent d'affaires ». Et quant aux commentateurs les plus récents du Code civil, MM. Mourlon, Baudry-Lacantinerie, Planiol, Colin et Capitant, ils adoptent la même solution.

Est-il besoin d'ajouter une conclusion, à la réfutation que nous venons de faire, des trois arguments principaux qu'invoque la jurisprudence? C'est que le droit de révision des honoraires des agents d'affaires, reconnu aux Tribunaux, est contraire à la loi et au principe de la liberté des

conventions qu'elle consacre. En équité, il ne se justifie que par des considérations d'ordre sentimental et pratique à la fois : lorsque les Tribunaux croient nécessaire de venir au secours d'un vendeur pressé peut-être par la nécessité et dont l'agent a abusé. Malheureusement, les juges ne s'en tiennent pas là et quand le contrat ayant été librement débattu, librement consenti, les parties étant également capables de comprendre la nature et la portée de leurs engagements, ils imposent des réductions de salaire, ils commettent à notre avis un abus de pouvoir inexcusable.

La simple équité d'ailleurs devrait, dans bien des cas, faire échapper l'agent d'affaires à la réduction : notamment lorsque le mandat qui lui a été conféré offre un caractère aléatoire (toutes les fois qu'il a été convenu, par exemple, que l'intermédiaire n'a droit à la commission que s'il a réussi). Dans ces hypothèses, en effet, il assume les risques, expose des dépenses pour ne rien récupérer en cas d'insuccès. Nous visons particulièrement les cas où le bon de commission stipule que la commission n'est due que si la vente intervient par l'entremise ou sur les indications de l'agent et que dans le cas contraire il ne sera rien dû à l'intermédiaire.

Enfin, les Tribunaux, en posant comme nous allons le voir, le principe de la révisibilité des salaires en axiome de droit, ne suggèrent-ils pas aux vendeurs la tentation de revenir sur les engagements librement pris et de manquer à la bonne foi des contrats qui, on en conviendra, est due

aux agents d'affaires et aux intermédiaires aussi bien qu'aux autres contractants?

2^o La Jurisprudence

1^o La Jurisprudence française relative aux agents d'affaires en général :

Il est intéressant de relever, à propos de la question de la révision des salaires des agents d'affaires, les évolutions de la jurisprudence.

I — Une longue série d'arrêts proclame, comme axiome de droit, la faculté pour les Tribunaux de réduire le salaire stipulé par les agents d'affaires à l'occasion d'un mandat, lorsque ce salaire est hors de proportion avec les soins donnés et les services rendus. Le premier arrêt de la série est de la Chambre des Requêtes, en date du 11 mars 1824. Il rejette le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris, en date du 6 janvier 1823. Vu son intérêt, nous l'analysons en entier.

Le 28 juillet 1820, les héritiers Desgardes avaient donné pouvoir écrit au Sieur Isart, agent d'affaires, de liquider la succession de leur père et mère, recouvrer les créances actives de la succession, faire le partage moyennant un salaire fixé par l'acte à 0,05 par franc tant sur le montant des créances à recouvrer contre les tiers que sur les rapports dus par les héritiers eux-mêmes. Au surplus, il était formellement stipulé que les héritiers Desgardes, en cas de révocation du pouvoir, tiendraient compte à Isart de

ses honoraires comme s'il eût fait la recette. Avant la fin des opérations, les héritiers Desgardes révoquent les pouvoirs d'Isart et lui offrent 0,05 par franc calculés seulement sur le montant des recouvrements effectués sur des tiers, sans tenir compte des rapports dûs par eux-mêmes.

Le 6 mars 1822, jugement du Tribunal de Meaux déclarant qu'il ne s'agit pas ici d'un marché à forfait avec un entrepreneur; donc, que l'art. 1794 est sans application. Il s'agit d'un mandat salarié donné à un agent d'affaires patenté auquel le Code n'accorde pas, comme à l'entrepreneur, en cas de résiliation, le dédommagement de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. Le Tribunal ajoute : que le salaire exigé par Isart est en disproportion évidente avec le salaire qui lui serait légitimement dû, que les stipulations relatives au salaire du Sieur Isart sont exorbitantes et même illicites puisqu'elles auraient pour effet d'imposer aux héritiers Desgardes l'obligation de payer sans cause 5°/o des créances non recouvrées et non recouvrables, même des rapports dûs aux héritiers, qu'il est du devoir du Tribunal d'apprécier et de réduire à son taux légitime le salaire qu'elles ont pour objet et il réduit la demande à 5°/o du prix des recettes effectives opérées par l'agent d'affaires avant la révocation du mandat.

La Cour de Paris confirma le 6 janvier 1823 en précisant que tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et règlement par le juge; et le 11 mars 1824, la Cour de

Cassation rejeta le pourvoi par le motif que l'arrêt entrepris n'avait violé en aucune façon la loi, et en déclarant que tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation et règlement par le juge. La Cour de Cassation écartait le moyen tiré de la violation de l'art. 1134 mais elle ne motivait pas sa décision. Le principe affirmé par la Cour de la révisibilité des Conventions, pourtant, n'avait-il pas besoin d'être justifié? On peut se demander à quels principes, à quelle règle de droit il se rattache : du moins le Tribunal de Meaux s'était efforcé de motiver son jugement, il avait invoqué la théorie de la cause sinon la gratuité du mandat et aussi, cela avec infiniment de raison, que la procuration du demandeur ayant été révoquée il y avait lieu à l'appréciation du chiffre de la commission qui pouvait lui être due (1).

Après l'arrêt de 1824, la Chambre des Requêtes n'a cessé de persévérer dans sa jurisprudence et dans le même laconisme avec lequel elle avait proclamé en 1824 le devoir qui incombe (d'après elle), aux Tribunaux de réviser les stipulations relatives à la rétribution des mandats d'agences d'affaires et de modérer cette rétribution, lorsqu'elle paraît excessive, eu égard à l'importance des

(1) On ne compte plus les arrêts qui ont proclamé le principe de la réductibilité des salaires des agents d'affaires. Citons : Civ. Cass., 9 mai 1866, D. P., 1866, 1, 246; Civ. Cass., 29 janv. 1867, D. P., 67, 1, 53; Req. Cass., 23 fév. 1877, D. P., 78, 1, 78; Req. Cass., 24 fév. 1891, D. P., 91, 5, 336; Cass., 12 déc. 1911; D. P., 1913, 1, 130; 16 mars 1907, J. T. com., année 1909, p. 31. — Com. Seine, 9 déc. 1902, J. Tr. Com. Seine, p. 36, n° 16.273 et la note.

soins, peines et démarches des mandataires : le droit de révision a été, par elle, consacré de 1824 à 1866 par trois arrêts des 7 février et 18 avril 1855; S. 55, 1, 527; 12 janvier 1863; S., 1863, 1, 249. Et même après 1866, date à laquelle la Chambre Civile a eu à intervenir à son tour, les arrêts de la Chambre des Requêtes se sont presque toujours bornés à poser en principe le droit et même le devoir d'appréciation réservé aux Tribunaux, mais sans dire pourquoi les mandats d'agences d'affaires doivent être placés en dehors de la règle établie pour tous les contrats en général. (Voir notamment les arrêts suivants : Req., 23 fév. 1877, D., 78, 1, 78; Req., 24 fév. 1891, D. P., 91, 5, 336; Req., 11 déc. 1911, D., 1913, 1, 131.

a) Entre la même date de 1824 et 1866 se placent divers arrêts de Cour d'Appel lesquels essayent de formuler des théories de droit pour justifier la révision des conventions passées avec l'agent d'affaires. Une série s'appuie sur la nature gratuite du mandat, et sur la nécessité par suite, de conserver le caractère de modicité aux salaires des agents d'affaires. C'est la théorie professée à l'époque par Troplong, le futur Président de la Cour de Cassation (et reprise beaucoup plus tard par M. Guillouard), qui réagit sur les Cours d'Appel. Nous citerons notamment un arrêt de la Cour de Bordeaux alors présidée par Troplong en date du 12 fév. 1857; S., 1858, 2, 554. « Attendu, dit cet arrêt, que l'honoraire réclamé par le mandataire peut être réduit par le juge, même lorsqu'il a été fixé par la Convention, s'il paraît exagéré; que ce droit découle de la nature même du mandat

qui est un contrat gratuit; que ce principe est également applicable aux agents d'affaires dont les agissements rentrent dans la classe des mandats ». Quelques mois auparavant, la Cour de Paris, dans un arrêt du 12 janv. 1856; S., 56, 2, 293, avait statué avec beaucoup moins de précision, se bornant à proclamer le principe sans chercher à le justifier. La formule de « gratuité » du mandat se trouve visée dans un grand nombre d'arrêts récents tels que Paris, 20 nov. 1894; D., 95, 2, 445; Trib. Nice, 20 nov. 1899; *Gaz. Trib.*, 00, 2, 176; Seine, 15 déc. 04; *Gaz. Trib.*, 14 fév. 1904.

b) Un arrêt demeuré isolé, mais dont la doctrine est intéressante, en ce qu'elle fournit peut-être la meilleure raison qu'on ait pu présenter en faveur du droit de révision par les Tribunaux, intervint à la même époque. C'est celui du 20 nov. 1854 à l'égard duquel la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi mais sans s'expliquer nettement sur les arguments invoqués (1). Il s'agissait d'un agent d'affaires qui avait stipulé, à titre de salaire, une quote-part de ce qu'il encaisserait pour le compte d'un héritier qui contestait le chiffre de la rémunération. « Attendu, dit la Cour d'Appel, que s'agissant d'un mandat, la rémunération stipulée au profit de Trannoy peut être sujette à réduction; qu'en effet, la taxe des officiers ministériels est d'ordre public; que toutes conventions d'honoraires plus élevées que ceux fixés par les tarifs légaux, tout règlement amiable et même tout paiement volontaire ne peuvent en ce cas empêcher les

(1) Paris, 20 nov. 1854; S., 1854, 2, 688.

parties de faire réviser et restreindre par la justice de pareils traités et même de répéter ce qui aurait été indûment payé à cet égard; que ces principes doivent s'appliquer à *tous agents d'affaires et mandataires* qui, quoique non soumis à des tarifs réguliers, exercent en réalité les mêmes fonctions que les officiers ministériels, en se chargeant de la direction et de l'administration des affaires d'autrui; qu'il était d'autant plus nécessaire de les soumettre au contrôle de la justice, que de tels mandataires peuvent plus facilement surprendre le consentement de personnes peu éclairées ou entièrement étrangères aux affaires et leur faire souscrire des engagements rémunérateurs dont elles ne peuvent apprécier la portée et les conséquences; qu'en pareille matière on ne peut invoquer les principes du droit sur l'exécution des conventions et que les Tribunaux ont le droit et le devoir de réglementer de tels mandats et de modifier et réduire toute stipulation de salaire excessif qui ne serait pas en rapport avec les peines et soins des mandataires, les difficultés et l'importance des affaires de toute nature, comme constituant une obligation *sans cause* pour tout ce qui peut excéder le salaire légitimement dû ». L'arrêt rattache (et c'est son originalité) la réductibilité à la nécessité d'une taxe judiciaire qui s'appliquait dans l'ancien droit aux agents d'affaires aussi bien qu'aux officiers ministériels. Il fonde également le pouvoir de réduction sur la nécessité de la cause. C'est à peu de chose près la théorie de la cause insuffisante que nous avons vu soutenir par Larombière.

c) De nombreuses décisions, outre celle qui précède : Paris, 20 nov. 1854; S., 1854, 2, 688; Paris, 12 janv. 1856; S., 1856, 2, 293; font découler le droit d'appréciation des Tribunaux de l'obligation où ils sont de rechercher si la stipulation relative à la fixation d'un salaire ne constitue pas, en tout ou en partie, une obligation *sans cause* et c'est, en partant de ce principe, que l'arrêt arrive à faire survivre le droit des Tribunaux à l'exécution même de la convention et à admettre l'action en répétition par le mandant de ce qu'il aurait payé d'excès, comme l'ayant fait par erreur et sans cause. — Dans cet ordre d'idées et pour réduire le salaire stipulé dans la convention, les Tribunaux se sont fondés parfois sur ce que la cause de l'obligation de rémunérer l'agent d'affaires ne prend naissance qu'après l'exécution du mandat et que par suite elle n'avait pu être appréciée au moment où le mandat avait été conféré. « Considérant, dit un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 3 avril 1873; D. P., 73, 2, 179 que la rémunération stipulée pour un mandat, au moment où le mandat est donné, et avant qu'il ait reçu et pu recevoir aucune exécution, est nécessairement susceptible d'être appréciée et révisée par le juge, par cela seul que la cause réelle de l'obligation prise est postérieure à l'obligation elle-même, et que le mandataire ne peut avoir droit de la rémunération, qu'à la condition d'avoir rendu le service promis et espéré, et dans la juste mesure de l'utilité de ce service et du travail qu'il a coûté au mandataire ». Des arrêts postérieurs admettent

la thèse de la « cause insuffisante » (1). Un arrêt récent de cette même Cour (14 déc. 1909; *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 140), a cherché à justifier l'idée par l'addition des motifs suivants à ceux déjà cités. « Que le contrat dont s'agit dégénère en une obligation de faire de la part de l'agent à laquelle est subordonnée celle de payer la somme promise de la part du mandant au client. Cela revient à dire : 1° que le salaire de l'agent d'affaires doit toujours être proportionnée à ses peines et soins; 2° que l'importance et l'utilité de ses soins ne pouvant être appréciés en connaissance de cause, qu'après l'exécution de ce mandat, toute convention antérieure relative au salaire est viciée dans son principe, le consentement du mandant ayant été donné dans l'ignorance des bases légitimes de la cause de l'obligation.

d) Quant à la doctrine orthodoxe (nous appelons ainsi celle qui affirme l'inviolabilité des conventions librement débattues) elle ne compte guère qu'un arrêt à vrai dire important : C. de Paris, 27 juin 1863; D., 63, 2, 164. Car il fait justice aussi bien de l'idée de gratuité que de celle de cause, comme fondement de la réductibilité, et il discute même, en n'en laissant rien subsister, la thèse historique de l'arrêt du 20 nov. 1854. « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'il n'est justifié d'aucunes manœuvres ayant à un

(1) Voir : Paris, 3 avril 1873; D. P., 73, 2, 179. — Agen, 4 mars 1889; D., 90, 2, 282 : attendu que lorsque la cause alléguée d'une obligation est inexistante pour partie, l'obligation doit être réduite dans la mesure suivant laquelle il existe une cause valable ». Paris, 11 janv. 1903; *Gaz. tr.*, 3 mars 1903.

degré quelconque un caractère dolosif et frauduleux ; attendu qu'aucune loi n'excepte le mandat de la règle générale qui fait du contrat la loi des parties contractantes, que la législation spéciale aux officiers publics ou ministériels qui ont un tarif et qui sont soumis à une certaine discipline ne saurait être étendue aux mandataires ordinaires et par conséquent aux agents d'affaires dont les rapports avec leurs mandants restent sous l'empire du droit commun et des conventions particulières ; que, sans doute, lorsque le mandataire n'a pas fait tout ce qu'il devait faire, les Tribunaux peuvent intervenir pour réduire le salaire et le proportionner à l'exécution du mandat, mais que lorsque le mandat a été pleinement rempli et que le mandant a retiré de son exécution tout ce qu'il était en droit d'attendre et tout ce que le mandataire lui avait promis, le mandant ne peut pas plus se délier de ses obligations envers le mandataire, que le mandataire n'aurait pu se délier de ses obligations envers le mandant ; que, sans doute encore, si le consentement du mandat n'a pas été libre, s'il a été obtenu à l'aide de manœuvres frauduleuses, les Tribunaux peuvent substituer leur appréciation à celle qui n'a pas été valablement faite par les parties ». . . Encore cet arrêt est-il intervenu à propos des conventions passées avec un généalogiste ; or, la jurisprudence tend à reconnaître à la convention de révélation d'une succession inconnue un caractère spécial exorbitant du mandat salarié.

e) Enfin en 1866, par un arrêt du 7 mai 1866 (S., 66, 1, 273) se place la première intervention de la Chambre

Civile de la Cour de Cassation. Elle put d'abord inspirer de légitimes espérances aux agents d'affaires menacés dans leurs intérêts par la jurisprudence constante de la Chambre des Requêtes. L'arrêt du 7 mai rejetait en effet le pourvoi formé contre l'arrêt du 27 juin 1863 précité.

Par un arrêt subséquent du 9 mai, la Cour ne semblait pas se contredire encore, car si elle consacrait la réduction du salaire de l'agent en cause, elle se basait sur le fait, qu'en l'espèce, le mandataire n'avait pas accompli son mandat jusqu'au bout : ce qui n'impliquait pas, en matière de fixation de salaire, le pouvoir discrétionnaire et si critiquable des Tribunaux. Mais la Chambre civile n'a pas tardé à modifier sa jurisprudence et, présidée par Troplong, elle s'est mise à invoquer naturellement le principe de l'arrêt de Bordeaux, cité plus haut : à savoir la gratuité du mandat (1). Elle a rejoint ainsi, en quelque sorte, la thèse de la Chambre des Requêtes dont elle ne s'est plus séparée depuis l'arrêt de 1867. La Chambre Civile ne motive pas plus que cette dernière le principe de révisibilité qui est passé à l'état de dogme juridique (2). Ce sont plutôt les Cours d'Appel qui, très nettement contraires aux agents d'affaires, s'opposent à l'admission de leurs créances d'honoraires, en invoquant soit le caractère de gratuité du mandat, soit l'insuffisance de la cause, soit l'impossibilité d'apprécier cette cause avant l'achèvement du mandat.

(1) Civ., 29 janv. 1867; D., 67, 1, 54. Attendu que le mandat est un contrat gratuit de sa nature.

(2) Civ., 13 mai 1884; D. 85, 1, 21.

2° En dehors de cette jurisprudence critiquée avec raison par les meilleurs auteurs, puisqu'elle autorise à la volonté d'une seule des parties la modification de conventions librement débattues, un grand nombre d'arrêts affirment des principes incontestables et qui défont la contradiction, car ils reposent sur le texte des art. 1999, 2003 C. C. et aussi sur l'art. 1231 qui permet au juge de réduire la clause pénale excessive, quand l'obligation a été exécutée en partie.

a) Toutes les fois qu'il y a faute, négligence dans l'exécution du mandat, ou lorsque l'exécution a été incomplète par le fait du mandataire, ou enfin en cas de révocation du mandataire avant la fin de l'opération, il appartient aux Tribunaux soit de refuser tout salaire, soit de le réduire (1). Mais il importe de remarquer, qu'en pareil cas, la réduction opérée par les Tribunaux sur le salaire n'a pas pour fondement, ni l'exagération de ce salaire, ni une disproportion avec le service rendu, mais l'exécution défectueuse ou incomplète du mandat par la faute du mandataire. C'est donc à titre de dommages-intérêts et non en vertu d'un prétendu droit de révision sur une convention librement consentie par les parties que la réduction peut être prononcée par les Tribunaux.

(1) Voir, pour l'exécution partielle du fait du mandataire, Trib. Seine et Paris, 2 nov. 1898, loi 1899, page 21; Req., 24 juin 1872; D. P., 75, 1, 21. — Montpellier, 6 févr. 1893; D., 94, 2, 211. — Bordeaux, 18 juill. 1899; D., 99, 2, 96.

b) Spécialement dans les cas de révocation de mandat, la Cour de Paris considère que, sans avoir besoin de décider, si en principe les Tribunaux peuvent réduire la rémunération, il n'est pas douteux que, quand le mandat n'a pas été entièrement ou exactement rempli, il appartient aux Tribunaux d'arbitrer, en tenant compte du service rendu, la somme qui est due au mandataire. Ainsi jugé, par arrêt, C. de Paris, 2 nov. 1898, Loi 1899, n° 21. Il s'agissait, en l'espèce, d'un curieux conflit entre le Gouvernement Français substitué au Gouvernement Hova, après annexion de Madagascar dans les obligations de ce dernier vis-à-vis d'un mandataire salarié qu'il avait chargé de négocier des lettres de change moyennant un tant pour cent sur le montant du recouvrement. Le Gouvernement Français ayant révoqué le mandataire en question, le Tribunal, puis la Cour, arbitrèrent à une somme bien inférieure au chiffre convenu, la somme due au demandeur pour raison de ses services.

3° Nous relevons enfin dans la jurisprudence une longue série d'arrêts dont il faut approuver la doctrine. Ces arrêts décident, conformément aux articles 1109 et ss, que, si le juge peut constater le vice du consentement, c'est-à-dire l'existence de l'erreur, du dol ou de la violence, il lui appartient de prononcer la nullité de la convention (1).

(1) Voir la note de M. l'Avocat général Feuilletoy sous Cass., 12 déc. 1911; D., 1913, 1, 129. — V. également Req., 7 août 1837; D., repert, n° 75; Req., 18 avril 1855; S., 55, 1, 527; Req., rej., 12 janv. 1863; S., 63, 1, 249; Civ. rej., 7 mai 1866, 1, 276; Paris, 17 mai 1867: S. 68, 2, 5.

Deux cas peuvent alors se présenter : le vice du consentement peut affecter la convention toute entière ; c'est par dol que le mandat a été obtenu et que le mandant a été amené à constituer un mandataire pour la gestion d'une affaire. Le contrat est nul dans son entier. Par suite, et nécessairement, la stipulation de salaire tombe avec la convention qui la renferme. Il n'est dû aucun salaire au prétendu mandataire pour la gestion si, s'y étant immiscé, il l'a fait dans son propre intérêt, sans profit pour le mandant. Mais, malgré la fraude qui a présidé à la naissance du contrat et qui en a entraîné la nullité pour vice du consentement, il a pu arriver qu'en s'immisçant dans la gestion, le prétendu mandataire ait utilement géré l'affaire d'autrui. Quel sera le droit des Tribunaux ? Il leur appartiendra alors d'appliquer les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires et conformément à l'art. 1375 C. C, et au principe supérieur d'équité que nul ne peut, sans cause, s'enrichir aux dépens d'autrui, d'obliger le maître de l'affaire à rembourser au gérant toutes ses dépenses.

Le mandat peut, au contraire, avoir été donné librement et en pleine connaissance de cause, mais par des artifices coupables, le mandataire est parvenu à se faire allouer un salaire exorbitant. Il s'est fait, par exemple, au moyen d'une mise en scène ingénieusement combinée, en vue de faire croire à des dépenses et à des difficultés exceptionnelles, consentir l'abandon de la moitié des sommes qui seraient recouvrées par son entremise, alors que l'affaire était très simple. Le vice du consentement peut alors

n'affecter que la stipulation relative aux salaires : il appartient en ce cas aux Tribunaux, si d'ailleurs les différentes clauses de la convention ne sont pas indivisibles de reconnaître la validité du mandat, mais de prononcer pour cause de dol la nullité de la clause relative au salaire. La stipulation de salaire étant ainsi annulée, les Tribunaux puisent dans les dispositions de l'art. 1999 le droit d'apprécier que, dans l'intention des parties, le mandat ne devait pas être gratuit et de fixer, soit d'après les usages, soit d'après la nature et l'utilité des soins donnés à l'affaire, en un mot, d'après les circonstances de la cause, le salaire légitimement dû au mandataire (1).

Dé telles décisions pleinement juridiques s'écartent franchement de la théorie courante de la Cour de Cassation, puisqu'elles n'accordent pas la réduction du salaire si le consentement des parties a été libre.

a) Certaines sont, à juste titre, sévères pour les agents d'affaires quand il est constant qu'ils ont surpris le consentement du client, encore bien que le vice du consentement ne s'accompagne pas ici de manœuvres caractéristiques du dol. Il est évident, en effet, qu'entre l'agent et le client, la partie n'est pas égale et que le juge a le devoir de vérifier de très près si loyauté et liberté ont présidé à la formation du contrat. D'ailleurs on peut tirer argument ici de l'art. 1992, al. 2 (2).

(1) Cf. Paris, 27 juin 1863, déjà cité.

(2) Cf. Paris, 3 avril 1873; D. 73, 2, 199; Civ. Cass., 9 mai 1866 déjà cité.

b) D'autres, par une exacte interprétation de l'art. 1338 C. Civ., n'admettent pas la réductibilité reconnue par la jurisprudence, lorsqu'à *l'expiration du mandat*, le client a vérifié les éléments du compte de son mandataire, les a approuvés formellement et s'est reconnu débiteur du solde de ce compte. En ce cas, la rémunération convenue ne peut plus être réduite par les Tribunaux.

c) D'autres, *a fortiori* (1), constatent l'impossibilité de prononcer une réduction lorsque la convention de salaire est intervenue postérieurement à l'exercice du mandat : « Attendu, dit la Cour de Montpellier, que les négociations du marché étant terminées, le mandant ayant fixé le taux du salaire en toute connaissance de cause, après avoir pu apprécier lui-même les services, les soins, les démarches de l'intermédiaire et le résultat obtenu, cet engagement ne paraît pas, en principe, pouvoir être modifié; attendu, cependant, que même dans ce dernier cas, et si une faute grave préjudiciable au mandant a été commise par le mandataire, dans l'exécution de son mandat, et surtout si le mandant n'a découvert cette faute qu'après avoir fixé le taux de la rémunération, il est incontestablement en droit d'en obtenir la réduction ».

Tels sont les courants les plus marqués qui entraînent la jurisprudence. Nous ne nous dissimulons pas que nous avons négligé bien des nuances intéressantes pour ne

(1) Bordeaux, 1 avril 1857; D. 57, 2, 122. — Montpellier, 6 fév. 1893; D., 94, 2, 212. Voir également 13 déc. 1894, aff. Mallet et Theuré, loi 1895, page 69 et Cass., 8 avril 1872; S. 1872, 1. 207.

retenir que les idées fondamentales qui inspirent les arrêts.

En somme, la jurisprudence, dans son orientation la plus ordinaire, nous paraît considérer les agents d'affaires comme une catégorie de suspects mis, plus ou moins ouvertement, en dehors de la loi commune. Elle institue contre eux une sorte de présomption de dol. Son interprétation nous paraît ici inadmissible. Il nous semble inacceptable, qu'en dehors d'une fraude quelconque plus ou moins caractérisée, en l'absence de manœuvres ou même de mensonges qui ont pu vicier le consentement du client, en présence d'une convention librement formée et d'un mandat intégralement exécuté, conformément aux intentions des parties, les Tribunaux puissent substituer leur volonté à celle des contractants et dénaturer leurs accords sous prétexte de les interpréter.

La fausse conception d'équité qui domine la jurisprudence produit un double résultat fâcheux : elle amène l'agent peu scrupuleux à user d'agissements de détours critiquables pour s'assurer le paiement de la commission ou des honoraires convenus; elle met l'agent honorable et sérieux à la merci du client bien renseigné sur les tendances des Tribunaux. De là, un malaise général qui se traduit par de nombreuses instances dont les Tribunaux de Commerce sont littéralement encombrés. Ceux-ci perdent trop souvent de vue la situation de l'agent, les risques et les aléas inhérents à sa profession, le grand nombre d'affaires qu'il entreprend pour n'en réussir que quelques-unes, l'importance de ses frais généraux, toutes considérations qui sont

entrées dans le calcul de la rémunération, au moment où elle fut discutée et convenue. De là des appréciations dérisoires du salaire dû à l'agent d'affaires.

Notre conclusion, c'est que la jurisprudence française aurait mieux à faire qu'à appliquer des théories aussi artificielles que celles de la gratuité du mandat et de l'insuffisance de la cause. Si elle se contentait de vérifier — et avec une très grande sévérité, qui est désirable en l'espèce — les conditions dans lesquelles s'est formé le contrat, et spécialement s'est donné le consentement du mandant, elle satisferait au vœu de la loi et de la justice. Ou bien alors, soit qu'on rétablisse la taxe des agents d'affaires comme elle existait dans l'ancien droit, soit qu'on introduise entre majeurs la nullité des conventions, pour cause de lésion, c'est l'œuvre du législateur (1).

2^o *La jurisprudence belge.*

La jurisprudence belge est dans le même sens que la jurisprudence française que nous analysons en détails. Son premier arrêt de Cassation a formulé le principe de la gratuité du mandat avant même les arrêts de la Chambre Civile de notre Cour de Cassation. L'arrêt de Cassation de

(1) Le cadre de cette étude, avant tout jurisprudentielle, ne nous permet pas d'entrer dans des considérations purement économiques sur le profit légitime. Vraiment, celles-ci nous entraîneraient trop loin. — C'est aussi à regret, que nous n'étudierons pas les dispositions fécondes des art. 138 C. C. allemand, 23 Code fédéral suisse des obligations, etc.

Belgique, du 17 janv. 1851, déclare qu'en ajoutant immédiatement à l'art. 1986 ces mots : « S'il n'y a convention contraire » la loi n'a pu entendre autoriser les parties à fixer arbitrairement le prix du mandat et à détruire ainsi le principe qu'elle venait de poser; qu'elle n'a voulu les autoriser à convenir que d'une rémunération équitable, c'est-à-dire « d'un salaire » comme le qualifie l'art. 1999, salaire qui doit être moins un lucre qu'une indemnité (1).

La Cour de Cassation Belge n'est en contradiction avec la nôtre que sur un point (2). Dans le cas où l'agent d'affaires a été révoqué, elle déclare irréductible la clause pénale qui a pu être stipulée par le mandataire en prévision de la révocation;

Jugé même que le salaire du mandataire peut être réduit, malgré l'exécution de la convention (3) et que malgré toute convention postérieure à l'exécution du mandat et stipulant que le salaire est définitivement acquis, les Tribunaux peuvent exercer leur pouvoir de réduction (4).

(1) Cass., Belge, 18 janv. 1851; Pasier. Belge, 151, p. 428. — Bruxelles, 1^{er} févr. 1875; Trib. Bruxelles, 23 mai 1888. — Bruxelles, 22 déc. 1888; Pand. per. Belg., 88, nos 585-586. — Gand, 6 juin 1900; Pasier., 1901, 1, 13.

(2) Cass. Belg., 26 févr. 1885; D. P., 1886, 2, 558. — G. 1889, 4, 22.

(3) Liège, 3 avril 1866; Pasier., p. 382. — Bruxelles, 30 déc. 1876, pas. 77, p. 285. — Bruxelles, civ., 12 mai 1880; Pasier., 80, p. 326.

(4) Liège, 3 avril 1866; Pasier., p. 382. — Bruxelles, 30 déc. 1872; Pasier., 77, p. 385. — Bruxelles, civ., 12 mai 1881; Pasier., 80, p. 326.

CHAPITRE VI

LA JURISPRUDENCE ET LA RÉDUCTIBILITÉ DES SALAIRES DE L'INTERMÉDIAIRE (*Suite*).

Les Tribunaux ont une tendance marquée à réduire les salaires stipulés par l'intermédiaire, même lorsqu'ils résultent d'une convention claire et précise, si ces salaires leur paraissent excessifs. En cela, ils ne font qu'appliquer à l'intermédiaire les différents principes qu'ils invoquent à l'encontre de l'agent d'affaires, la gratuité naturelle du mandat, le défaut de cause ou l'insuffisance de la cause. La thèse étrange de Troplong, que le mandat serait « perversi » si le salaire était exagéré, est adoptée par une série importante d'arrêts.

1^o Toutefois les considérations de droit et d'équité agitées par les auteurs ont certainement fait impression sur les Tribunaux qui ont rendu un certain nombre de décisions empreintes d'un caractère bienveillant à l'égard des intermédiaires.

C'est ainsi, qu'il a été jugé en matière d'offices ministériels, que les Tribunaux ne peuvent réduire la commission de l'agent qui a été l'intermédiaire d'une cession. On observe que les Tribunaux n'ont pas le droit de modifier les conventions qui font la loi des parties, alors du moins que le

cédant n'établit pas que son consentement n'a pas été libre ou qu'il y avait eu de la déloyauté à reprocher à l'intermédiaire (Tribunal Civil, Toulouse, 31 janv. 1905; *Gaz. des Trib. du Midi*, 26 mars 1905).

En matière de vente d'immeubles, la Cour d'Appel de Nancy, a, dans le même sens, rendu le 19 mars 1912 (J. C., 1913, n° 19.202, p. 773), un arrêt important que nous croyons devoir reproduire, vu son intérêt, et que nous approuvons sans réserve.

« Attendu que le droit de révision des honoraires des agents d'affaires reconnu aux Tribunaux par la jurisprudence est contraire au principe de la liberté des conventions et ne se justifie que par des considérations d'ordre pratique; qu'il est facile de concevoir en effet que les diverses juridictions et en particulier les Tribunaux consulaires, appelés à trancher des litiges nés de la vente des fonds de commerce par mandataire, aient été amenés, pour empêcher des abus, à protéger un vendeur, pressé, peut-être, par la nécessité contre sa propre faiblesse, son inexpérience ou son ignorance, à réviser et réduire le salaire stipulé par l'intermédiaire et à son profit, mais que l'intervention du juge, substituant sa volonté à celle des parties contractantes, ne se justifie plus lorsque le contrat qui les lie a été librement consenti, qu'elles sont toutes deux également capables de comprendre la nature et la portée de leurs engagements, toutes deux également rompues aux affaires comme en l'espèce, en particulier lorsque le chiffre des honoraires a été discuté et consciemment accepté; qu'alors

l'intervention judiciaire n'étant plus justifiée ne peut plus être admise et que le principe de la liberté, de la souveraineté des conventions doit reprendre toute sa force ».

La Cour de Paris, au sujet de l'intermédiaire d'une vente de fonds de commerce, a décidé que, la commission souscrite librement par un négociant au profit de l'agent d'affaires chargé de négocier la vente de son fonds de commerce, est dûe en totalité et n'est pas susceptible d'être réduite par les Tribunaux, dès qu'il est établi que l'intermédiaire a satisfait à tous ses engagements, en déterminant l'acquéreur à entrer en rapports avec le vendeur, alors même que les dernières formalités de la vente auraient été accomplies en dehors de lui. Cf. Paris, 31 déc. 1890; Pand. Fr., 91, 2, 195. — En ce sens : Paris, 17 avril 1885; S., 1887, 2, 147; Trib. Seine, 24 janv. 1889; Pand. Fr., 1889, 2, 177; Civ. Seine, 28 juin 1895; *Gaz. Pal.*, 95, 2, 182. — Marseille, Com., 18 janv. 1899; *Rec. Marseille*, 99, 1, 126. La Cour de Lyon a jugé également le 28 mai 1902 (*Mon. jud.*, 6 déc. 1902) que lorsque des commissionnaires en fonds de commerce se sont chargés de procurer un associé capable d'aider pécuniairement un commerçant dans son exploitation et que la rémunération des mandataires a été fixée à 7 % de l'apport éventuel, ceux-ci remplissent leur mission en découvrant le capitaliste et n'ont pas à établir, pour gagner leur commission, qu'ils ont été les négociateurs du traité intervenu entre le commerçant et son associé (1).

(1) Voir MM. Bouteaud et Chabrol, *op. cit.*, p. 254.

2° Mais, d'après l'opinion qui prévaut en jurisprudence, le salaire stipulé est réductible dès que les Tribunaux estiment qu'il est excessif; les principes ordinaires touchant l'exécution des conventions n'ont pas d'application en cette matière; les Tribunaux s'inspirent de cette considération que le mandataire n'a droit à la rémunération stipulée qu'à condition d'avoir rendu le service promis et dans la juste mesure de l'utilité de ce service et du travail qu'il lui a coûté (1).

Derniers arrêts en matière de fonds de commerce : Cass. Req., 12 déc. 1911; D. P., 1913, 1, 130; Cass. Req., 11 mars 1913; D. P., 1913, 1, 408; C. de Paris, 12 fév. 1913; D. P., 1913, 2, 246; Com. Seine, 23 juill. 1910; D., 1911, 5, 1.

En matière d'immeubles : C. d'App. Paris, 1^{er} déc. 1910; D. P., 1911, 5, 1; Montpellier, 6 fév. 1893; D., 1894, 2, 212.

Contra en matière d'offices ministériels où la commission n'est que de 2 0/0. — V. Paris, 31 déc. 1890, précité.

Nous tenons à citer, à ce sujet, un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, 5 mai 1911; J. C., 1913, n° 18.938, p. 95, lequel a cru fortifier la thèse en réunissant en faisceau les arguments critiqués plus haut « gratuité du mandat » cause insuffisante, impossibilité de fixer le salaire d'un mandataire *a priori*, raisons pratiques, tout s'y trouve réuni.

Jugé également par le Tribunal de Commerce de la Seine le 23 juill. 1910 (précité) que lorsque un bon de commission

(1) Civ., 9 mai 1866; D. P., 66, 1, 246; Civ., 29 janv. 1867; D. P., 67, 1, 53; Req. 23 févr. 1877; D. P., 78, 1, 18; Req., 24 févr. 1891; D. P., 91, 5, 336 et la jurisprudence citée par MM. Bouteaud et Chabrol, p. 258.

est ainsi libellé « Je soussigné, m'engage à payer à M. X, agent d'affaires, pour le seul cas où mon fonds de commerce serait vendu par son entremise ou sur sa simple indication, une commission de irréductible et à forfait; il est entendu que si je ne vends pas par lui, je ne lui devrai absolument rien » l'intermédiaire ne saurait avoir droit à la commission stipulée s'il s'est borné à donner l'adresse du vendeur avec quelques renseignements sommaires concernant le fonds de commerce de ce dernier et s'il ne justifie pas avoir tout au moins mis en relations effectives le tiers avec le vendeur.

« Considérant, dit l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 déc. 1911, qu'en réduisant pour le proportionner à l'importance du service rendu le salaire stipulé par J. comme rémunérateur du mandat que lui avait conféré M.; le Tribunal de Commerce n'a fait qu'user du pouvoir de contrôle et de révision qui appartient aux Tribunaux (1).

Il a été jugé dans le même sens, par arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1873; D. P., 73, 2, 200, que la promesse consistant dans une commission proportionnelle sur le prix de vente d'un immeuble, jusqu'à concurrence d'un chiffre déterminé, et une convention de partage pour l'excédent au-dessus de ce chiffre, a la nature et le caractère d'une rémunération de mandat et tombe sous le coup de la réduction en vertu du droit de contrôle que s'arrogent les Tribunaux.

(1) 16 mars 1907; T. Com. Seine, J. Tribunaux, année 1909, p. 31; Com. Seine, 9 déc. 1902; t. LIV, p. 36, n. 16.237 et suivants.

3° Les Tribunaux sont même si enclins, à considérer comme souverain leur droit de contrôle, qu'ils n'attribuent pas un effet complet à la clause pénale stipulée au cas où le client manquerait à ses engagements. Ils en réduisent le montant, en le considérant comme un salaire. Au surplus, la clause est souvent stipulée d'une manière ambiguë, à titre par exemple d'honoraires et de démarches Cf. Civ. Cass. 13 mai 1884; S., 1885, 1. 345; Civ. Bordeaux, 25 janv. 1901; *Rec. Bordeaux* 1901, 2, 38 et plus récemment Riom, 16 déc. 1907 et sur pourvoi Cass., 27 janvier 1908; S., 1908, 1, 223; D., 1908, 1, 155; Trib. Civ. Seine, 24 juill. 1913; *Gaz. Pal.* 1913, 2, 484; Trib. Civ., Lille 2 juin; 1910 *Rec. jud. Nord*, 1910, 450. Ces dernières décisions sont relatives à l'hypothèse de l'indemnité forfaitairement stipulée pour le cas de révocation du mandat de l'agent d'affaires. Voir aussi, en matières d'offices ministériels relativement à la clause dite « des 48 heures » portant que le client acquéreur devra prévenir l'agent d'affaires dans les 48 heures de la réception de l'indication d'un office à céder s'il connaît déjà la situation offerte faute de quoi il devra payer la commission fixée pour le cas de traité; C. d'Appel Paris, 26 févr. 1913; *Gaz. Pal.*, 1914, 541; *Contra* Trib. Civ. Seine, 2 février 1914; *Gaz. Pal.*, 1914, 543; la note et l'article de M. Demogue : *Revue Trim. de droit civ.*, 1912, p. 210.

4° La jurisprudence admet pourtant, que le pouvoir de réduction conféré aux Tribunaux, cesse dans le cas où le mandat, ayant pris fin, le compte dans lequel figurait le salaire litigieux a été rendu et approuvé et où le reliquat

dû par l'agent a été versé aux mains du mandant. C'est l'application du principe admis par les auteurs que le salaire fixé après l'exécution du mandat n'est pas réductible ni les honoraires payés sujets à répétition.

Il a été jugé en ce sens, par le Tribunal de la Seine, le 15 déc. 1903 que le pouvoir des Tribunaux de modérer la rémunération promise, quand elle ne leur paraît pas en rapport avec le service rendu, cesse du moment que le chiffre de la rémunération a été fixé d'un commun accord après l'exécution du mandat (Trib. Civ. de la Seine, 15 déc. 1903; *Gaz. des Trib.*, 14 février 1904). De même dans un cas analogue où le salaire avait été fixé en pleine connaissance de cause après la vente effectuée. Com. Seine, 3 mai 1910; J. C., 1911, n° 18.346, p. 210 — Voir aussi : Paris, 21 août 1904; J. C., t. LIV, p. 394, n° 16.408; Paris, 13 juill. 1909; *ibidem*, t. LIX, p. 424.

La Cour d'Appel de Paris avait cependant décidé, par arrêt du 20 novembre 1854 (1), que le paiement d'honoraires convenus avec un agent d'affaires n'enlève pas au mandant le droit de réclamer plus tard le règlement de ses honoraires et la restitution de ce qu'il aurait payé au-delà de la somme arbitrée par le juge. Et celle de Montpellier (2) a jugé plus récemment que la découverte d'une faute, ignorée au moment de la cessation du mandat et de la fixation du salaire, autorise le mandant à revenir sur le salaire promis.

(1) D. P., 1855, 5, 243.

(2) Montpellier, 6 févr. 1893; D. P., 1894, 2, 212, affaire Malléville.

5° La controverse cesse dans le cas où le taux du salaire n'aurait pas été fixé par la convention. Tout le monde reconnaît alors qu'il appartient aux Tribunaux de déterminer ce qui peut être légitimement dû. Elle recommence quand il s'agit de fixer les bases de la rémunération : certains Tribunaux décident qu'on doit allouer la commission d'usage sur la Place où se fait la vente (1). Mais le plus grand nombre reconnaissent que les juges ont un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Nous avons constaté, que l'on aboutit fréquemment au même résultat, quand il est intervenu une convention expresse fixant le salaire de l'intermédiaire soit à raison d'un tant pour cent du prix, soit à forfait.

6° On est cependant d'accord pour reconnaître aux Tribunaux le droit de fixer le salaire de l'intermédiaire ou de réduire les honoraires fixés par la convention :

a) Quand la réduction paraît conforme à l'intention des parties : — ainsi en serait-il de l'hypothèse où le mandant ayant chargé un intermédiaire de lui procurer un acquéreur de la totalité de son fonds de commerce, l'amateur se borne à acquérir le fonds en partie seulement, où s'associe, ou prend un intérêt pécuniaire, ou seulement actif; comme la situation de gérant dans la maison de commerce en

(1) Com. le Havre, 22 oct. 1888; *Recueil du Havre*, 1888, 1, 254. Le tarif d'usage est de 5 0/0 sur la place du Havre; à Paris, les décisions varient suivant les sections du Trib. de Com. de la Seine. — Voir aussi : Com. le Havre, 25 août 1890; *Rec. du Havre*, 1890, 1, 216; 17 fév. 97; *ibidem*, 97, 1, 32. Certains intermédiaires ont émis la prétention de toucher un minimum de 500 fr.

question (Com. Seine 26 sept. 1902; *Gaz. Pal.*, 21 nov. 1902).

b) Quand l'intermédiaire n'a accompli le mandat qu'en partie. Nous supposons, par exemple, que dans le bon de commission, le vendeur avait stipulé que le marchand de fonds rédigerait les actes. Or, ceux-ci ont été confiés à une autre personne. (Encore faut-il que l'intermédiaire n'en ait pas été injustement frustré dans le but de lui faire réduire ses honoraires). Ou bien encore, l'intermédiaire a été révoqué de son mandat. Mais il faut, suivant nous, que cette révocation soit intervenue avant la mise en rapport, puisque nous concluons que le mandat de l'intermédiaire est alors terminé : dans le cas contraire, il aurait droit à la commission.

c) S'il a commis des fautes dans l'exécution de son mandat. Par exemple, l'intermédiaire a procuré au vendeur un acquéreur insolvable et dont, au moyen de quelques renseignements superficiels, il aurait pu prévoir l'insolvabilité. Naturellement, aucune commission ne serait due à l'intermédiaire, si la nullité de la vente venait à être prononcée pour cause de fraude dont il serait l'auteur ou le complice (1). Si, par exemple, il a vendu sciemment un fonds de commerce déjà saisi : la vente amiable se trouve, en effet, annulée par la vente judiciaire.

Les observations qui précèdent nous conduisent à deux

(1) Req. Cass., 15 déc. 1856; D. P., 57, 1, 170. — Paris, 30 juill. 1870; S., 71, 2, 149. — Voir également en cas de présentation d'un acquéreur que l'intermédiaire savait ou devait savoir insolvable, Com. Seine, 10 fév. 1886; J. Trib. Com., 1887. — Paris, 5 nov. 1901; *Gaz. Trib.*, 1902, 1^{er} sem., 2, 388.

questions qui sont d'une certaine importance dans la pratique des ventes de fonds de commerce :

1° Les parties ont convenu, dès la signature du contrat de vente, d'un dédit ou d'un acompte à valoir sur le prix. Qu'advient-il de la commission au cas où le dédit ou l'acompte est abandonné au bénéfice de l'une ou de l'autre des parties?

2° La vente étant conclue et le droit à la commission étant né, ou la commission étant déjà payée, quelles seront les conséquences de la nullité ou de la résolution de la cession ou de la réduction du prix, à l'égard de la commission?

a) Sur le premier point, distinguons l'hypothèse où l'acheteur a versé un acompte à valoir sur le prix de vente de celle où les parties ont convenu d'un simple dédit pour le cas où l'une d'elle manquerait à ses engagements, l'acheteur en ne prenant pas possession à la date fixée, le vendeur en se départissant du contrat. Dans le 1^{er} cas, la vente était conclue et le bénéfice de la commission acquis à l'intermédiaire : ce dernier peut se payer sur l'acompte versé par l'acheteur et ne se libérer aux mains du vendeur qu'à concurrence de la différence.

b) S'il s'agit d'un dédit (1), la situation n'est plus la même : l'intermédiaire, en l'espèce, n'a accompli son mandat qu'imparfaitement puisque son ministère a abouti à une vente simplement conditionnelle. Dès lors, il n'a droit

(1) En général, l'acheteur consigne le dédit entre les mains de l'intermédiaire qui le conserve jusqu'au règlement définitif du prix. On n'oblige pas le vendeur à consigner le dédit.

qu'à une indemnité, qu'il appartient aux Tribunaux de fixer d'après l'équité. Les juges ne sont liés ni par la promesse d'une commission à forfait ni par celle d'un tant pour cent du prix de la vente. Au contraire, si les parties ont convenu, qu'en cas d'abandon du dédit, l'intermédiaire aurait droit à une fraction de celui-ci, nous voyons dans leur accord une convention obligatoire pour le juge. Mais telle n'est pas l'opinion générale, vu le pouvoir de révision et de contrôle qui est reconnu aux Tribunaux par la majorité des arrêts (1). Derniers arrêts : Cass., 27 janv. 1908 et Trib. Civ. Seine, 24 juillet 1913 précités.

Des distinctions s'imposent également si la vente a été l'objet d'une résolution ou d'une diminution de prix :

a) La vente a été résolue par le fait du vendeur. Celui-ci par exemple a négligé de rapporter à l'acquéreur, comme son contrat l'y obligeait, une prolongation de bail (C. d'App. Paris, 31 janv. 1906; J. C., 1906, n° 16.800, p. 549), ou encore le vendeur a commis des manœuvres frauduleuses, de sorte que l'acquéreur, soit a refusé de prendre possession, soit a fait résoudre judiciairement la vente, ou bien en a fait diminuer le prix. Dans ces hypothèses, l'intermédiaire obtient ou conserve intégralement sa commission.

b) C'est par suite du fait de l'acheteur ou d'un tiers que la vente a été résolue : il a, on le suppose, manqué d'exécuter les conditions de la vente; la jurisprudence distingue :

(1) Paris, 14 mars 1891; J. Trib. Com., 1892, 3225. Le Tribunal de Com. de Nantes a fixé l'indemnité due à l'intermédiaire au 1/3 de la commission. Com. Nantes, *Rec. Nantes*, 1901, 1, 432.

Ou bien l'intermédiaire n'est pour rien dans cette inexécution; en ce cas, la commission lui sera allouée, à moins toutefois que le paiement de la commission n'eût été subordonné à l'exécution de la vente; ou bien, il a quelque chose à se reprocher : il a fourni au vendeur un acquéreur insolvable qui n'a pas pris possession. L'intermédiaire, en ce cas, n'a pas droit à la commission (Cf. C. d'App. Paris, 8 déc. 1906; J. C., 1907, n° 17.137, p. 513); aff. Gouverneur.

c) C'est d'un commun accord que les parties ont résilié la vente ferme qui était intervenue entre elles. En ce cas, la commission est acquise à l'intermédiaire (Com. Seine, 3 août 1905; J. C., 1907, n° 17.004, p. 119).

d) La faute commise par l'intermédiaire est volontaire ou quasi délictuelle. Il avait sciemment procuré un acquéreur incapable manifestement de gérer l'affaire vendue. Pas de commission (C. d'Amiens, 6 août 1910; J. C., 1910, n° 18.278, p. 866). — Il n'a pas suffisamment vérifié la solvabilité initiale de l'acquéreur. Celui-ci a versé quelque chose sur le prix et n'a pu payer le reste. Réduction de la commission; Sic. Montpellier, 6 fév. 1893; D., 1894, 2, 211.

Les distinctions ci-dessus admises par la jurisprudence, et dont nous adoptons le bien fondé, font concevoir que nous considérons comme critiquable, comme trop entière et absolue et insuffisamment nuancée la théorie d'un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille, du 25 oct. 1890, rapporté par M. Thaller; *Annales du droit commercial*, année 1890, p. 43. Ce jugement décide, que le principe d'après lequel le courtier conserve son courtage dans une

vente faite par son entremise, alors même qu'elle viendrait à être annulée par la suite, ne doit pas s'étendre à un agent d'affaires qui aurait stipulé d'avance et à forfait le prix de ses services. Lorsque la vente faite par l'entremise de cet agent vient à être résiliée, par exemple pour non paiement du prix dû par l'acheteur, il appartient aux juges de réduire le salaire convenu s'ils le trouvent excessif pour le ramener à la proportion des soins réellement donnés. Il n'existe aucun motif de distinguer entre le courtier et l'agent d'affaires. Et nous ajoutons même, qu'en cas de vente conclue par l'un ou par l'autre, ayant une cause illicite, nous refuserions à l'un comme à l'autre toute action pour obtenir le paiement du courtage et de la commission (1).

(1) On peut concevoir l'intervention d'un courtier dans une opération de commerce avec un belligérant, ennemi de la France (loi du 4 avril 1915) et celle d'un intermédiaire dans la cession d'une maison de jeu ou d'une maison de tolérance ou d'un Cabinet d'affaires ne s'occupant que d'entremise illicite, par exemple d'opérations de « cavalerie ».

CHAPITRE VII

DE LA RÉVOCABILITÉ DU MANDAT CONFÉRÉ SOIT A L'AGENT D'AFFAIRES SOIT A L'INTERMÉDIAIRE.

Une autre et grave conséquence de la qualité de mandataire salarié reconnue par la jurisprudence à l'agent d'affaires, c'est la faculté pour le mandant de le révoquer *ad nutum* (2003 C. C.). Cette faculté est d'ailleurs réciproque. Le mandataire lui aussi est autorisé à se décharger le jour où il trouve la charge trop lourde (2007 C. C.). On le conçoit fort bien si le mandataire rend un service gratuit. En revanche, on ne se l'explique guère lorsqu'il s'agit d'un mandat salarié.

N'oublions pas toutefois de rappeler ici que nous ne voyons pas toujours et uniformément un mandataire dans l'agent d'affaires, ce personnage si varié, si divers. Dans certains cas que nous avons tenté précédemment d'énumérer, il est un entrepreneur, en vertu du contrat de louage d'ouvrage qui le lie au client. Or, nous l'avons déjà dit, même dans ces situations exceptionnelles, le client peut rompre le contrat passé avec l'agent d'affaires, c'est non pas l'art. 1780 applicable au contrat de louage de services, mais l'art. 1794 relatif au louage d'ouvrage qu'il est fondé à invoquer. Seulement, à la différence de ce qu'il advient pour le mandataire révoqué, l'agent d'affaires,

comme l'entrepreneur proprement dit, est en droit d'exiger l'indemnité de tous ses débours et de tout le gain qu'il pouvait légitimement attendre. De plus, et c'est une autre différence avec le mandat : la faculté de révocation est purement unilatérale; elle n'appartient qu'au client. Jamais l'entrepreneur ne peut se départir du contrat de sa seule volonté.

Puisque la jurisprudence envisage l'agent d'affaires uniquement et dans tous les cas comme un mandataire, il n'y a pas lieu d'insister sur un parallèle sans portée pratique, et il convient de se reporter aux principes de la loi, en matière de mandat, tels qu'ils résultent des art. 2003 et suivants du C. C. pour examiner ensuite et successivement les applications qu'en font les Tribunaux aux agents d'affaires et aux intermédiaires.

Rappelons sommairement les principes :

« La révocation est une des causes qui mettent fin au mandat. La révocation peut émaner du mandant ou du mandataire. Le mandant est maître de révoquer quand bon lui semble le mandat qu'il n'a donné que dans son intérêt (art. 2004 C. C.).

Si le mandat avait été conféré comme condition de quelque autre convention passée soit avec le mandataire, soit avec un tiers, le mandant ne pourrait unilatéralement le retirer. C'est ce qu'on peut conclure de l'art. 1856 al. 2.

La stipulation d'un salaire soit fixe, soit proportionnel, ne peut faire considérer le mandat comme donné dans l'intérêt du mandataire. Cette circonstance ne met aucun

obstacle à la révocation, sous la réserve du paiement au mandataire salarié des sommes qui peuvent lui être dues pour ses avances ou ses peines. Le mandataire a, de plus, droit à une indemnité pour le préjudice que lui fait éprouver la révocation intempestive et sans motif légitime.

La révocation du mandat peut n'être que tacite. Elle résulte virtuellement de la constitution d'un nouveau mandataire. Peu importe que celui-ci accepte ou refuse le mandat (2006 C. C.).

Lorsque le mandat a été constaté par écrit, le mandant peut en le révoquant, contraindre le mandataire à lui remettre selon les circonstances, l'original ou l'expédition de l'acte (2004 C. C.). »

Appliquons les principes ainsi dégagés à l'agent d'affaires et à l'intermédiaire.

Agent d'affaire : Il est d'abord certain que le mandat de l'agent d'affaires est toujours révocable au gré du client. En cas de révocation, l'agent recevra une rémunération proportionnée au service rendu. Ainsi décide une jurisprudence constante dont le premier arrêt est du 11 mars 1824 analysé plus haut. Voir aussi : Paris, 15 déc. 1902; *Gaz. Trib.* 1903; 1^{er} sem. 2, 1881. Il s'agissait, en l'espèce, d'un forfait consenti par un accidenté à un agent d'affaires, chargé de poursuivre le paiement d'une indemnité d'accident. Le Tribunal, puis la Cour validèrent la révocation signifiée en cours d'instance par le client à son fondé de pouvoirs et déclarèrent nulle la saisie-arrêt pratiquée par ce dernier pour sûreté de ses droits.

Le droit de révocation est à ce point essentiel, que l'agent ne peut demander compte au client des motifs de la révocation et, en principe, obtenir une indemnité du chef du préjudice qui en résulte pour lui. La jurisprudence tempère la rigueur de cette solution, quand le mandant a effectué la révocation d'une manière intempestive, sans cause légitime et de manière à occasionner un préjudice au mandataire. Ainsi jugé suivant arrêt de Paris (1) en date du 27 déc. 1894, D. 1895, 2, 493, lequel alloue des dommages-intérêts à un agent d'expropriation révoqué de son mandat.

L'agent d'affaires peut même avoir droit à une indemnité en vertu d'une convention expresse ou tacite. C'est surtout dans les rapports de Compagnies d'assurances avec les agents qui les emploient (2) en tant que ces agents cumulent la qualité de mandataires avec celle d'employés de la Compagnie, que les Tribunaux ont rendu des décisions en ce sens. Mais, en dehors des cas où l'équité commande ces solutions, c'est-à-dire lorsque, par exemple, la convention a été résiliée trop brusquement et d'une manière nettement préjudiciable, les Tribunaux consacrent fermement le principe de la révocabilité *ad nutum*.

La règle n'est pourtant pas absolue ni inflexible. Un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 13 mai 1885; D., 1885, 1, 350 reconnaît que le mandat est irrévo-

(1) Voir aussi Req., 10 juill. 1865; S. 65, 1, 350. — Nancy, 2 fév. 1909; P. 1910, 2, 268.

(2) Req. 8 avril 1857; D. P., 1858, 1, 134; 9 juill. 1885; D. P., 1886, 1, 310; Civ. rej., 19 nov. 1889; D. P., 90, 1, 295.

cable, lorsqu'il concerne à la fois l'intérêt du mandant et celui du mandataire (1). Telle est aussi la doctrine d'un arrêt de la Cour de Cassation belge (en date du 26 février 1885; D., 86, 2, 257). Les deux arrêts se séparent toutefois par une nuance importante. D'après la Cour belge, la clause pénale stipulée en cas d'inexécution au profit de l'agent est irréductible. Au contraire, la jurisprudence française déduit logiquement de la gratuité du mandat, la réductibilité de la clause pénale elle-même. En ce sens : Civ. Cass. 13 mai 1884; S., 1885, 1, 344.

A fortiori si la révocation a été rendue nécessaire par le fait de l'agent. — Quant aux conventions passées avec les généalogistes ou révélateurs de succession, elles constituent un contrat complexe, à la fois synallagmatique et aléatoire qui comprend en premier lieu, un contrat d'une nature spéciale par lequel l'une des parties s'engage à révéler, moyennant un salaire, l'existence d'un droit au titulaire qui l'ignore; en second lieu, un mandat salarié donné par celui-ci au révélateur pour arriver à la réalisation de ce droit et enfin une convention aléatoire au sujet des frais. Le mandat n'est, en ce cas, que la conséquence de la convention. D'où il résulte, qu'il ne saurait être révoqué que du consentement réciproque de l'héritier et de l'agent d'affaires.

Notons enfin qu'un arrêt de la Chambre Civile de la Cour

(1) Sic. Paris, 26 nov. 1873; D., 74, 5, 327. — Turin, 29 déc. 1880; D. P., 81, 2, 245. — Turin, 9 mai 1882; D. P., 82, 5, 12; Civ. Cass., 11 fév. 1891; D. P., 1891, 1, 197.

de Cassation du 10 novembre 1892; D., 92, 1, 406 autorise le mandant à stipuler dans le contrat qu'il aura le droit le plus absolu de révoquer le mandat en tout temps et pour quelque cause que ce soit, le mandataire renonçant par avance à réclamer aucune indemnité.

Intermédiaire : Les principes étant les mêmes, les applications sont à peu près identiques : le client, venant à révoquer l'intermédiaire, le Tribunal arbitre l'indemnité qui lui est due pour ses peines et soins, sans se préoccuper de la convention de forfait qui a pu intervenir entre les parties. Sic : Req. Cass., 27 janv. 1908; P. F., 1908, 1, 224. Mais il n'est rien dû à l'intermédiaire du chef de la révocation. Certains intermédiaires insèrent dans le bon de commission une clause d'exclusivité, aux termes de laquelle le vendeur du fonds de commerce ou de l'immeuble s'engage à ne s'adresser à aucun autre intermédiaire; quelquefois à ne pas vendre directement pendant un certain temps, à peine de dommages-intérêts. Une clause pénale est également stipulée dans la plupart des cas : la révocation reste possible même dans ces hypothèses et, ainsi que nous l'avons dit précédemment pour les agents d'affaires, les Tribunaux s'arrogent le droit de réduire la clause pénale, ce qui est une différence marquée avec la jurisprudence belge. (Trib. Civ. Seine, 24 juill. 1913; *Gaz. Pal.* 1913, 2, 484).

CHAPITRE VIII

DES ACTIONS EN PAIEMENT FORMÉES PAR L'INTERMÉDIAIRE.

L'agent qui s'est interposé dans la vente d'un fonds de commerce, d'un immeuble ou d'un office peut exercer contre son mandant, c'est-à-dire contre le vendeur, une action en paiement de la commission ou de l'indemnité qui lui est due. S'il a plusieurs mandants, il possède contre eux une action solidaire (1).

En principe, il ne peut actionner l'acheteur à moins qu'il n'ait pris un engagement personnel ou que la convention ne mette la commission à sa charge. Au premier cas, l'acheteur aurait un recours contre le vendeur à la décharge duquel il a payé.

Jamais, en pratique, l'intermédiaire en fonds de commerce ne réclame de commission à l'acheteur. Il se borne à percevoir de ce dernier un honoraire d'acte et de formalités fixé amiablement. Au reste, il a été jugé plusieurs fois que la rédaction de l'acte de vente est comprise dans le mandat de l'intermédiaire et suffisamment rétribuée par

(1) Tribunal Civil de Versailles, 26 juin 1889; loi 9 nov. 1889. Ce jugement accorde l'action solidaire à l'intermédiaire dans une espèce où la commission se partageait entre les covendeurs aux termes de la Convention par moitié entre eux. Cette convention particulière fut jugée inopposable à l'intermédiaire.

l'allocation de la commission (1). Il en serait autrement si une clause formelle du contrat mettait les honoraires de l'acte à la charge de l'acquéreur.

L'actif du vendeur étant représenté souvent par son fonds de commerce uniquement, il est intéressant de savoir si l'action de l'intermédiaire est fortifiée d'un privilège ou bien s'il exerce ses droits comme simple créancier chirographaire.

Il faut, suivant certains Tribunaux, accorder à l'intermédiaire un privilège au titre de *frais* faits pour la conservation de la chose (2102 C. C., al. 3) lorsque, par l'activité de ses démarches, il trouve du fonds un prix avantageux pour la masse. En effet, dans ce cas, il a fait l'affaire de tous les créanciers (Hâvre Com., 19 juill. 1904; *Journal des faillites*, 1905, p. 494. — Com. Rouen, 20 févr. 1909; J. F., 1909, p. 221. — Voir aussi Paris, 3 nov. 1887; J. C. 1888, 369). Toutefois, de nombreux arrêts refusent à l'intermédiaire toute espèce de privilège; celui de l'art. 657, cprc. parce que, institué pour l'officier ministériel qui a procédé à une vente mobilière, il ne peut être étendu par voie d'analogie à un intermédiaire qui est intervenu dans un fonds de commerce; et celui de l'art. 2102, § 3, parce que c'est dénaturer, semble-t-il, le sens des mots « conservation de la chose », que d'étendre ce privilège à la sûreté du créancier qui a présidé, non à la conservation, mais à la dispa-

(1) Paris, 17 avril 1885; J. Trib. Com., 1886, 281, 31 déc. 1890, Pand. Fr., 91, 2, 195. — Com. Marseille, 12 déc. 1902; *Rec. Marseille*, 1903, 1, 103.

rition du fonds de commerce. Pas de privilège sans texte, ajoute-t-on (1).

Nous croyons que la jurisprudence est bien fondée dans sa résistance au privilège. Sans doute, il peut sembler rigoureux de refuser le privilège à l'intermédiaire qui a rendu, on le suppose, un service signalé à la masse créancière en tirant le meilleur parti d'un fonds près de périlcliter, en évitant aux créanciers les frais et la tentative, généralement infructueuse, d'une vente publique. Mais, rappelons-nous que la matière des privilèges et des hypothèques est peut-être la plus formaliste de tout le Code Civil et qu'il est universellement admis que les privilèges sont de droit étroit, si bien, qu'à défaut de texte, on ne saurait les étendre par voie d'analogie. C'est dans cet esprit de stricte interprétation que la jurisprudence entend le privilège des frais faits pour la conservation de la chose. Les frais de conservation sont pour elle les frais qui ont naturellement empêché la disparition ou la diminution de la chose (Cass., 1^{er} déc. 1908; S., 1909, 1, 78). Les dépenses qui ne rentrent pas dans cette catégorie ne sont pas des frais de conservation, même si elles ont pour but d'éviter au propriétaire un préjudice quelconque. En outre, les frais de conservation supposent une dépense faite pour la conservation (Trib. Civ. Cambrai, 30 mai 1884; S., 1887, 2,

(1) Jurisprudence contraire au privilège; Seine, 13 févr. 1886; J. F., 1886, p. 184; 25 nov. 1892 et 10 févr. 1893; J. F., 1893, p. 225. — Paris, 3 nov. 1887; J. F., 1888, p. 225; 20 nov. 1888; J. F., 1889, p. 418. — Com. Rouen, 11 juin 1902; J. F., 1903, p. 523. — Com. Lyon, 18 nov. 1902; J. F., 1903, p. 29.

21). Or, d'une part, celui qui vend un fonds de commerce peut bien empêcher la masse créancière de subir un préjudice, mais, loin de lui conserver le fonds de commerce, on peut dire, au contraire, qu'il préside à sa disparition; d'autre part, la commission qu'il réclame n'a nullement le caractère d'avances ou de dépenses faites pour la conservation de la chose (1). Conclusion: l'intermédiaire ne peut faire valoir le privilège des frais faits pour la conservation de la chose (2102, al. 3) en vue du paiement de sa commission.

Du privilège des frais de justice (2101, 1^o) il ne faut pas parler davantage. Ce qui est privilégié, ce sont les dépenses qui ont été faites dans l'intérêt commun des créanciers pour la conservation, la réalisation des biens du débiteur et la distribution du prix en provenant. Or, comme nous venons de le dire, la commission de l'intermédiaire présente le caractère d'honoraires et non celui de dépenses. Ce qui est péremptoire (Cass., 5 févr. 1900; Pand. per., 1901, 1, 230).

Nous refusons également le privilège qui protège le salaire des gens de services (2101, 4^o) à l'intermédiaire. Non seulement parce que la jurisprudence ne déclare privilégiés que les salaires des domestiques (Cass., 5 juill. 1886; D., 86, 1, 463) mais parce que l'extension fut-elle possible à tous ceux que subordonne à un autre maître le louage

(1) D'après une jurisprudence constante, ce qui est privilégié c'est la dépense qui a eu pour résultat de conserver l'objet. On ne s'attache pas au but poursuivi par le *solvens* (Cass., 10 mai 1887; S. 1887, 1, 200; Trib. civ. Seine, 30 oct. 1900; *Gaz. des Trib.*, 1901, 2, 360).

de services, nous avons démontré que les rapports qui existent entre le client et l'intermédiaire ne constituent pas un louage de services (Sic. Cass., 8 janv. 1839; S., 39, 1, 487).

Impossible, non plus, de songer pour l'intermédiaire en immeubles au privilège de l'architecte (2103, 4^o). Il est accordé aux architectes, aux entrepreneurs maçons et autres ouvriers. Or, l'intermédiaire en immeubles n'est ni un entrepreneur ni un ouvrier. On ne peut songer un seul instant à lui concéder le privilège immobilier de l'architecte et on se demande, d'ailleurs, comment il satisferait aux conditions de procédure. Notons ici que l'agent d'affaires, dans les cas exceptionnels ou un contrat d'entreprise le lie au client (agents d'affaires, constructeurs de villas, ou maisons à bon marché), pourrait, au contraire, bénéficier du privilège de l'architecte.

Nous ne croyons pas devoir pousser cette discussion jusqu'à l'examen de l'applicabilité à l'espèce qui nous occupe, de l'art. 95 du Code de Commerce. Sans doute, dans une langue défectueuse, on appelle parfois l'intermédiaire un commissionnaire, mais nous avons déjà démontré que l'entremise ne constitue pas la commission, mais en diffère notamment, en ce que le commissionnaire fait lui-même l'opération pour le compte de son client, ce qui n'est pas vrai pour l'intermédiaire. En plus, le commissionnaire a le privilège sur les marchandises que le commerçant lui a déposées, consignées ou expédiées; aucune analogie n'est possible avec l'intermédiaire.

Pour terminer sur ce point, ajoutons que :

Très souvent l'intermédiaire stipule dans le bon de commission que la commission lui sera acquise sur les premiers fonds de la vente. Il va de soi que cette stipulation ne lui vaut aucun privilège, puisque la volonté est impuissante à créer le privilège, lequel résulte seulement de la loi.

Les intermédiaires prétendent aussi à un droit de retention, basé sur l'art. 1948, et la jurisprudence le leur refuse. Il semble que ce soit à bon droit. Car l'art. 1948 ne s'applique au dépositaire que pour les frais qui ont pu lui être occasionnés par le dépôt. Or, l'intermédiaire invoque le droit de retention pour des frais antérieurs au dépôt, comme la commission, ou bien concomitants, comme les honoraires dus à l'intermédiaire, pour l'accomplissement de la deuxième partie de son mandat. Ce sont des frais distincts du dépôt et indépendants de lui. Il ne peut donc se prévaloir de l'art. 1948 C. C.

Mais on admet généralement aujourd'hui que le mandataire peut retenir les objets à lui remis pour l'exécution du mandat, jusqu'au remboursement de tout ce qui lui est dû à l'occasion du mandat (1). S'il en est ainsi, ne doit-on pas admettre que l'intermédiaire a le droit de retenir, jusqu'au paiement des honoraires qui lui sont dus, les pièces et titres qui lui sont remis par son client? C'est une solution qui a été accueillie pour les agents d'affaires (Sic. Req. Cass., 15 juill. 1896; S. et P., 97, 1, 269) et qui leur procure

(1) Dijon, 27 janv. 1887; S., 1888, 2, 92. — Pau, 28 mars 1892; S., 1893, 2, 225; Req. Cass., 15 juill. 1896; S., 1896, 4, 266. — *Contra* Rouen, 15 juin 1860; S., 1861, 2, 542; D., 61, 5. 300.

l'équivalent d'un privilège. Nous admettons l'affirmative pour l'intermédiaire, car c'est un mandataire et il n'y a pas de raison de distinguer; le droit de retention et de privilège ont une importance spéciale pour l'intermédiaire, au cas où le vendeur du fonds de commerce est mis en faillite. Après la déclaration de faillite, la vente du fonds peut être maintenue ou annulée conformément aux principes du droit commercial. Si le syndic représentant la masse des créanciers ne critique pas la vente du fonds, il est certain que le droit de l'intermédiaire à la rétribution promise reste entier; mais si, au contraire, le syndic poursuit et obtient l'annulation de la vente par application des art. 446 et 447 C. Com., ou pour toute autre cause, l'intermédiaire n'a plus, alors, le droit de réclamer son salaire et il ne peut se faire indemniser que de ses peines et soins. Il n'a certainement pas de privilège à faire valoir.

Si la vente est maintenue, les syndics n'admettent qu'à titre chirographaire la production des intermédiaires; ils les contraignent fréquemment au rapport, s'ils ont encaissé leur commission. A cet égard, on observe les règles suivantes : si l'intermédiaire a été payé avant la période suspecte, il échappe au rapport; s'il a été payé de sa commission pendant la période suspecte, le syndic représentant la masse des créanciers, peut obliger l'intermédiaire à rapporter, à la faillite, ce qu'il a touché pour ne recevoir que son dividende dans la distribution ultérieure de l'actif du failli, car, si en matière civile le paiement est définitif et ne peut être attaqué par l'action paulienne, en matière com-

merciale, il peut être atteint en vertu des art. 446, 447 C. C., lorsqu'il intervient après la cessation des paiements, ou même, dans les dix jours qui précèdent, les Tribunaux font généralement remonter la cessation des paiements d'un commerçant qui a vendu son fonds au jour de la vente. Si donc le paiement a été fait autrement qu'en espèces ou en effets de commerce, il est nul de plein droit (art. 446 C. Com.), s'il a été fait en argent, il peut être annulé lorsqu'il a été fait en connaissance de la cessation de paiements (1) mais le Tribunal jouit à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation (2). L'intermédiaire échappe souvent à l'obligation du rapport parce qu'il est difficile d'établir qu'il a connu la cessation de paiements, puisqu'elle ne remonte qu'au jour de la vente. Généralement il transige avec le syndic, et c'est le plus prudent.

(1) Paris, 11 mai 1896; J. Trib. Com., 1896, p. 449.

(2) Dijon, 17 avril 1873; D. P., 76, 2, 167. — Paris, 3 déc. 1902; D. P., 1904, 2, 418.

CHAPITRE IX

RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES.

Par le fait de l'acceptation du mandat, l'intermédiaire assume, à l'égard du client, l'obligation primordiale d'exécuter, sans commettre de faute, la négociation dont il s'est chargé. Il encourt également des responsabilités à l'égard des tiers pour ses délits ou pour ses quasi-délits. Une première question se pose à l'esprit : Quel est le fondement de la responsabilité? Étant admise la distinction controversée de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, dans quels cas faut-il appliquer les règles de l'une et de l'autre (1)?

I

Envisageons tout d'abord la responsabilité qu'encourt l'agent vis-à-vis du client? — Il est impossible de méconnaître qu'un contrat intervient comme base de leurs rapports. Il faut donc appliquer les règles de la responsabilité contractuelle.

En conséquence :

(1) Nous admettons en effet la dualité des responsabilités cf. Introduction du Dr. Civ. de M. Capitant, p. 319. « Pour nous la loi traite différemment la faute commise à l'occasion d'une obligation et la faute commise vis-à-vis d'un tiers auquel on est juridiquement étranger. Cette dernière a sa source dans la loi ».

1° Le fardeau de la preuve incombe à l'agent ou à l'intermédiaire qui doit comme débiteur prouver l'exécution du contrat ou l'impossibilité de l'exécuter par cas fortuit ou force majeure;

2° La réparation du préjudice doit se borner aux dommages-intérêts qui ont été prévus expressément ou tacitement lors du contrat;

3° Les dommages-intérêts résultant de l'inexécution du débiteur doivent être alloués sous forme d'indemnité pécuniaire (Cf. 1147, 1149 C. C.);

4° L'inexécution partielle peut, aussi bien que l'inexécution totale, être la source de dommages-intérêts. Enfin les dommages-intérêts peuvent être dus en raison du retard dans l'exécution (art. 1147);

5° La faute très légère, la négligence excusable n'engagent pas le débiteur de l'obligation. La loi, en effet, a créé un type abstrait de diligence « le bon père de famille » qui consacre à la gestion de ses affaires l'attention et les soins qu'on rencontre chez la moyenne des hommes. Toute faute réellement impardonnable, en ce qu'elle témoigne d'une négligence sortant de l'ordinaire *culpa levis in abstracto*, entraînera la responsabilité du débiteur. Mais il ne répondra pas de la *culpa levissima* dont on ne peut faire reproche au bon père de famille.

Tirons immédiatement les applications de ces principes à l'égard de l'agent ou de l'intermédiaire :

1° L'agent, l'intermédiaire ayant promis la diligence d'un bon père de famille ne peuvent être tenus au-delà de cette

obligation. Par exemple on n'exigera pas de l'agent chargé d'effectuer un recouvrement qu'il garantisse le succès de ses démarches, ni de l'intermédiaire, qui a mandat de vendre un fonds de commerce, qu'il réponde de la solvabilité de l'acquéreur qu'il procure ;

2° L'art. 1184 trouvera son application dans les rapports réciproques des parties. Pas de doute, s'il s'agit du contrat d'entreprise, contrat synallagmatique parfait dans lequel la condition résolutoire est toujours sous-entendue à défaut par l'une des parties d'exécuter son engagement. Nous admettons la même solution, s'il s'agit du mandat contrat synallagmatique imparfait, malgré les divergences de plusieurs auteurs (1).

Pour que l'agent ou l'intermédiaire soit déclaré responsable, le client doit avoir subi un préjudice dont la cause lui soit imputable. L'imputabilité sera établie quand il sera démontré que le mandataire a manqué à ses obligations, soit par son dol, soit par sa faute.

Le dol ou plutôt la fraude consiste dans l'inexécution intentionnelle, par l'agent, de ses obligations. C'est le fait de tromper sciemment et délibérément celui qui le consulte ou qui le charge de telles négociations ou de tel ouvrage déterminé. Comme si l'agent d'affaires ayant reçu d'un vendeur le mandat de lui procurer un acheteur pour son fonds de commerce lui amène sciemment un acquéreur insolvable, ou que l'agent d'affaires entrepreneur d'une villa pour le

(1) Demolombe, Contrats, t. II, nos 494-495. — *Contra* Aubry et Rau, t. IV, p. 392.

compte de son client emploie des matériaux de mauvaise qualité, afin de réaliser à ses dépens un bénéfice exagéré.

La faute consiste dans un manquement non voulu, ou dans un manquement voulu, mais, dans ce dernier cas, l'agent n'ayant pas prévu les conséquences de son manquement, légèreté, imprudence, négligence, mais non mauvaise foi.

De ce qui précède, concluons en ce qui concerne l'étendue des dommages-intérêts mis, en cas d'infraction, à la charge de l'agent ou de l'intermédiaire :

Sont-ils déclarés responsables vis-à-vis du client de fautes plus ou moins graves, mais non lourdes et exclusives de dol? Le Tribunal les condamnera à des dommages-intérêts, lesquels ne seront pas strictement équivalents au montant du préjudice causé; bien au contraire, leur étendue sera calculée « d'après la volonté exprimée ou présumée des contractants, puisque c'est la volonté des parties qui a créé le rapport du droit existant entre elles » (1). En effet, aux termes de l'art. 1150, C. C., le débiteur est tenu seulement des dommages-intérêts qui ont été ou ont pu être prévus lors du contrat, à moins qu'il ne se soit rendu coupable de dol.

Car la solution est différente lorsque l'agent s'est rendu coupable de dol (1150, C. C., *in fine*). Ici on ne peut présumer que les parties aient, en contractant, prévu ce cas, c'est-à-dire que l'agence ait obtenu du client l'engagement

(1) Capitant, *op. cit.*, p. 317.

de ne pas exiger rigoureusement la réparation du dommage à lui causé par sa faute lourde ou son dol. Aussi, en cas de dol, l'agent est tenu d'en réparer toutes les suites, à la condition qu'elles soient une conséquence immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation (art. 1151, C. C.).

II

Plaçons-nous maintenant en face des responsabilités que l'agent, que l'intermédiaire peuvent endosser à l'égard des tiers : là, la situation est bien différente, car aucun contrat n'est intervenu entre l'agent et les tiers. La sanction comme son principe découlent de la loi ; c'est de la responsabilité délictuelle qu'il s'agit.

La conséquence juridique la plus intéressante est que l'auteur du délit supporte la réparation intégrale du préjudice causé, quelle que soit l'importance de la faute commise, légère ou grave *In lege aquilia levissima culpa venit*. Les art. 1382 et suivants sont applicables.

Dans tous les cas, le tiers devra prouver à la charge de l'agent, outre l'existence d'un préjudice, celle d'une faute. Encore faut-il qu'il existe entre le préjudice et la faute une relation de cause à effet. Sinon, l'agent ne saurait être déclaré responsable.

La preuve étant faite, la responsabilité de l'agent comprendra tout le préjudice souffert sous quelque forme qu'il se présente.

Pour les intermédiaires en fonds de commerce et en

immeubles qui sont des mandataires salariés, leur responsabilité doit s'entendre rigoureusement à cause des principes admis par l'art. 1992 en matière de mandat. Ainsi les règles particulières du mandat viennent modaliser les principes de la responsabilité contractuelle.

Certains arrêts décident que le mandant est en droit d'exiger du mandataire la prudence d'un père de famille diligent. D'autres disent que le mandataire salarié est responsable de sa faute légère (1). Il va de soi que le mandataire peut être déclaré responsable des quasi délits qu'il a commis dans l'accomplissement de son mandat (2) aussi bien que de ses délits.

Suivant les diverses phases du mandat qu'il exécute, l'intermédiaire est tour à tour le mandataire du vendeur et celui de l'acheteur. Il convient, par conséquent, de l'envisager successivement dans ses rapports avec l'un et avec l'autre :

1° *Vis-à-vis du vendeur* : En tant que l'intermédiaire se borne à rechercher un acheteur et à le mettre en relations avec le vendeur, on conçoit difficilement qu'il puisse assumer une responsabilité à l'égard de ce dernier. Il faudrait, pour qu'il fut responsable, qu'il eût, par exemple, garanti au vendeur la solvabilité de l'acheteur ou bien qu'il lui eût procuré sciemment ou par légèreté un acquéreur insolvable

(1) Dijon, 17 avril 1873; D. P., 76, 2, 167. — Paris, 3 déc. 1902; D. P., 1904, 2, 418.

(2) Nouveau Code Civil annoté sous l'art. 1992; voir aussi Paris, 14 avril 1983; D. P., 1884, 2, 122.

ou encore que, par des réticences calculées ou non, il eût nui au vendeur en amenant, par exemple, la résiliation de la vente (1); alors, bien évidemment, l'intermédiaire serait passible de dommages-intérêts. Les Tribunaux ont plusieurs fois fait état des fautes par lui commises pour diminuer la commission à laquelle il avait droit (2). Mais une responsabilité fort lourde peut peser sur l'intermédiaire; du fait des déclarations erronées ou fausses faites à l'acquéreur sur la valeur et l'importance du fonds vendu. Le vendeur, qui lui a donné pouvoir de vendre son fonds de commerce, est responsable des déclarations de l'intermédiaire, puisque ce dernier est son mandataire. Du moins, peut-il exercer un recours contre lui (Comm. Seine, 28 mai 1887; J. C., n° 11466, xxxviii, 56).

En tant que rédacteur de l'acte et chargé d'accomplir les formalités, l'intermédiaire est le mandataire de l'acquéreur et parfois le mandataire commun des parties. On peut, en effet, supposer qu'il ait reçu le mandat d'inscrire le privilège du vendeur ou de faire divers paiements pour le compte de ce dernier. En tous cas, en sa qualité de mandataire salarié, chargé de dresser l'acte de vente du fonds et de recevoir les oppositions, l'intermédiaire doit, sous sa responsabilité, accomplir aux lieu et place de son ou de ses mandants, toutes les formalités utiles pour la sauvegarde des droits de ces derniers.

(1) Com. Seine, 10 févr. 1886; J. C., 1887, 146. — Paris, 19 nov. 1898; J. Trib. com., 1899, 138.

(2) C. Montpellier, 5 févr. 1893; D., 1894, 2, 212. Déjà cité.

L'intermédiaire doit notamment faire inscrire le privilège du vendeur en mentionnant et en réservant expressément l'action résolutoire de l'art. 1654, ce, pour permettre l'application des dispositions de l'art. 2 de la loi du 17 mars 1909. Il a été jugé qu'en n'accomplissant pas cette formalité, l'intermédiaire commet une faute lourde qui engage sa responsabilité et l'oblige spécialement à réparer le préjudice subi par les héritiers de son mandant (le vendeur du fonds) qui, à la suite de la mise en liquidation judiciaire de l'acquéreur, n'ont pu être admis par privilège au passif de cette liquidation (Com. Seine, 12 juin 1911; J. C., 1913, 18947, p. 119. — Voir aussi Lyon, 20 juin 1912; J. C., n° 19.223, p. 847. — Voir Pand. Fr. Rep., v; fonds de commerce, n° 1041. — *Ibidem* mandat, n°s 649 et suiv.).

2° *Vis-à-vis de l'acheteur* : Même au cours de la première partie de sa mission, l'intermédiaire peut engager sa responsabilité vis-à-vis de l'acquéreur d'un fonds de commerce ou d'un immeuble, Par exemple, s'il n'avertit pas l'acquéreur de la précarité du titre du vendeur qui était sous le coup d'une action en revendication (1).

« Le devoir de l'intermédiaire d'un fonds de commerce, dit le jugement du 8 juillet 1890, est de veiller à ce que la vente qu'il négocie se fasse avec toutes les conditions voulues de sûreté pour l'acheteur ». D'où il suit que si, par des annonces mensongères, l'affirmation de bénéfices fictifs, la garantie de la comptabilité du vendeur qui était fausse, en

(1) Com. Seine, 8 juill. 1890; Loi 30 août 1890. — Cf. Paris, 10 févr. 1874; J. Trib. Com., 1874, 425.

un mot si par faute lourde, ou par l'accomplissement de manœuvres frauduleuses, l'intermédiaire est amené à causer au vendeur un préjudice, il en doit la réparation (1) solidairement avec le vendeur, son mandant.

Spécialement dans les ventes de fonds de commerce, la seconde phase de la mission de l'intermédiaire l'expose fréquemment à des responsabilités vis-à-vis de l'acheteur. L'intermédiaire alors est un véritable mandataire, moins du vendeur que de l'acheteur. Ce dernier a un intérêt majeur à ce que le prix soit valablement payé, car, s'il ne l'est pas, l'acheteur est exposé à un recours des créanciers du vendeur qui pourraient l'obliger à payer deux fois. L'intermédiaire même est responsable de toute faute, bien que légère, puisqu'il est un mandataire salarié se faisant payer par des honoraires distincts que devra lui remettre l'acquéreur pour son intervention après la vente. La loi du 17 mars 1909 et celles qui l'ont complétée ont d'ailleurs multiplié les formalités et, par conséquent, aggravé les responsabilités éventuelles de l'intermédiaire.

C'est ainsi qu'aux termes notamment de l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909, modifiée par la loi du 31 juillet 1913 (2),

(1) Crim. Cass., 7 févr. 1908; S., 1908, 1, 208. On aperçoit moins clairement la possibilité de fraudes de la part de l'intermédiaire, dans les ventes d'immeubles ou d'offices. Il en existe cependant et nous en citons plus loin quelques exemples. Voir aussi Com. Seine, 28 mai 1887, n° 11.466, xxxviii, 56.

(2) La loi de 1909 contient bien d'autres causes de responsabilité pour les agents d'affaires. Le mandataire fautif dans les publications d'un apport social, d'un partage, peut être l'objet d'un recours de l'acheteur, poursuivi par les tiers. — Caen, 22 mars 1905; *Rev. Not.*, 1905, 13.090. — Trib. Toulouse, 26 juill. 1906, *op. cit.*, 13.093. — Trib. Vouziers, 25 juill. 1907.

toute vente ou cession de fonds de commerce consentie même sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation doit être, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce où se trouve le fonds, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. L'extrait ou l'avis doit contenir la date de l'acte, les noms, prénoms et domicile de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai fixé pour les oppositions et une élection du domicile dans le ressort du Tribunal.

La publication doit être renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion (1).

Si donc, comme il arrive quotidiennement, l'intermédiaire au lieu de se conformer à l'art. 3 et à l'art. 4, vient à rédiger une insertion tardive ou incomplète dépourvue de mentions essentielles, il peut être déclaré responsable du préjudice causé aux créanciers du vendeur auxquels la publication des ventes du fonds de commerce a pour but de permettre : 1° de faire valoir leurs droits sur le prix ; 2° de surenchérir du 1/6 en cas d'insuffisance du prix. A plus forte raison, serait-il déclaré responsable, s'il avait négligé d'effectuer les publications, de telle sorte que l'ac-

(1) L'art. 4 de la loi de 1909 exige spécialement si le fonds de commerce comprend des succursales, que les formalités qu'il édicte soient accomplies dans chacun des ressorts où les succursales ont leur siège.

quéreur eut disposé des fonds provenant de la vente à lui consentie, sans tenir compte des créanciers du vendeur (Com. Nice, 15 juill. 1910, D. P., 1913, 5, 3) (1).

Mais, en dehors des cas prévus par la loi de 1909, c'est surtout le dépôt des fonds, effectué aux mains de l'intermédiaire, qui peut être pour lui la source de graves responsabilités. On peut supposer que les délais pour les publications légales étant expirés, le prix et les accessoires de la vente ont été consignés par l'acquéreur du consentement du vendeur entre les mains de l'intermédiaire. Or, celui-ci les détourne de leur affectation spéciale, en commettant un abus de confiance. Ou bien encore c'est un de ses employés qui commet le détournement; ou enfin (et c'est l'hypothèse la plus fréquente), l'intermédiaire omet de tenir compte des oppositions formées entre ses mains et se dessaisit sans l'assentiment de l'unanimité des opposants.

Il est bien évident, en premier lieu, que l'intermédiaire est responsable du détournement qu'il a commis. Il est également responsable civilement du fait de son employé agissant dans les fonctions auxquelles il était préposé. C'est le sens de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 6 mars 1890, D. P., 1890, 1, 496).

(1) On peut supposer aussi que l'intermédiaire ait négligé de présenter les actes à l'enregistrement dans les délais légaux. La jurisprudence le tient pour responsable des doubles droits. Com. le Havre, 17 févr. 1897; *Recueil du Havre*, 1897, 1, 32. Ou encore que l'acheteur s'étant chargé de l'inscription du privilège du vendeur ou d'un nantissement, l'intermédiaire ne se soit pas conformé aux art. 1, 2, 10 de la loi de 1909.

En ce cas, l'intermédiaire peut engager sa responsabilité. Pas de jurisprudence.

La seconde question est également fort claire. Il est bien certain que, si l'acheteur a payé son prix sans avoir été avisé par l'intermédiaire des oppositions qu'il a reçues, ou encore si l'intermédiaire s'est dessaisi au mépris des oppositions signifiées au domicile élu (cf. art. 3, loi du 17 mars 1909, modifié par l'art. 1^{er}, loi du 31 juillet 1913) et que, dans l'un ou l'autre cas, les créanciers viennent à rechercher l'acquéreur pour l'obliger à payer deux fois, dans cette double hypothèse, disons-nous, l'acheteur est en droit de se retourner en garantie contre l'intermédiaire pour lui faire subir en définitive les conséquences de la négligence ou de l'imprudence qu'il a commises. Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, confirmé par arrêt de la Cour de Paris, décide en ce sens que l'agent d'affaires qui, étant intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce, s'est chargé, vis-à-vis de l'acheteur, de faire toutes les publications nécessaires et de recevoir à son domicile la signification des oppositions qui seraient faites, est tenu, à peine de dommages-intérêts de rapporter à ses frais, la mainlevée d'une opposition dont la signification lui a été remise et qu'il n'a pas fait connaître à son mandant qui, dans l'ignorance du fait, a payé son prix au terme convenu (1).

3° *Vis-à-vis des tiers* : la responsabilité de l'intermédiaire à l'égard des tiers peut être fort grave, à supposer notamment qu'il ait reçu les oppositions au domicile élu, et qu'il ait, s'étant chargé de la répartition, payé irrégulièrement,

(1) Paris, 14 août 1872; J. Trib. Com., 72, 439.

au mépris des oppositions. Cette responsabilité découle de sa qualité juridique de tiers saisi, telle qu'elle résulte de l'art. 3 de la loi du 17 mars 1909, modifiée par la loi du 31 juillet 1913. En ce sens (1), C. d'Appel d'Aix, 29 avril 1914; *Gaz. Pal.* 1914, page 707.

Les tiers peuvent poursuivre l'intermédiaire solidai-
rement avec l'acquéreur. Le même droit appartient au
syndic comme représentant la masse des créanciers du
vendeur (2). Avant la loi de 1909, on rattachait à d'autres
principes le fondement de la responsabilité de l'intermé-
diaire, de manière à permettre aux créanciers personnels
du vendeur d'exercer contre lui une action directe.

On avait imaginé le système suivant : l'intermédiaire qui
avait payé irrégulièrement ou commis une faute dans la
répartition du prix de vente était considéré, non comme le
mandataire du vendeur ou de l'acquéreur, mais comme un
dépositaire séquestre constitué à l'amiable par tous les
deux. Or, d'après les principes du contrat de séquestre et
aux termes de l'art. 1960 C. C., le dépositaire ou sequestre
ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que
du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour
une cause jugée légitime, et ici la très grande majorité des

(2) Voir aussi Com. Pontoise, 25 juin 1907 et C. Paris, 10 déc. 1908
(aff. *Mahy és n.*). J. C., 1909, p. 457.

(3) Sic. Com. Pontoise, 25 juin 1907 et C. app. Paris, 10 déc. 1908;
J. Trib. Com., année 1909, p. 437. — V. également Cass., 19 juin 1889;
1^{er} déc. 97 et 5 janv. 1904. — Paris, 16 nov. 1904 et 5 févr. 1908. — Douai,
9 janv. 1902. — Rouen, 2 janv. 1901 et 8 juill. 1903. — Nancy, 21 mars
1902. — Orléans, 9 juin 1905. Cités à la suite.

commentateurs du Code étaient d'avis que, par parties intéressées, il faut entendre non seulement les parties qui ont constitué le séquestre, mais aussi toutes les personnes qui, par leur intervention au litige, ont manifesté des prétentions et qui sont susceptibles dès lors d'imposer leur concours lors de la délivrance de l'objet sequestré. Ce système, assez compliqué, était très ingénieux, en ce que faisant du contrat qui intervient après la vente entre le vendeur, l'acquéreur et l'intermédiaire, un dépôt au lieu d'un mandat, il permettait aux tiers de rechercher directement l'intermédiaire, ce qu'ils n'auraient pas eu le droit de faire si celui-ci n'était qu'un mandataire par application de la règle *qui mandat ipse fecisse videtur*. A vrai dire, il compliquait inutilement les choses, puisque si la qualification du contrat dénommé dépôt par la jurisprudence était nécessaire pour l'existence d'un lien de droit entre l'intermédiaire et les tiers ou les créanciers opposants, cette notion ne pouvait suffire : ne fallait-il pas, en outre, que les créanciers du vendeur eussent fait connaître à l'intermédiaire leurs droits vrais ou prétendus sur le prix? Ainsi, on revenait à regarder l'intermédiaire comme un tiers saisi, incapable de se dessaisir au détriment des créanciers des sommes saisies arrêtées entre ses mains, sans s'exposer à payer deux fois.

Nous venons d'analyser le système qui se dégage d'un jugement intéressant du Tribunal de Commerce de la Seine, en date du 16 décembre 1882; J. C., 1882, 437 et qui se résume ainsi : « En cas de faillite du vendeur d'un fonds

de commerce, le syndic est recevable à réclamer à nouveau à l'acquéreur le paiement du prix de vente, lorsque ce prix a été versé entre les mains d'un tiers désigné par le vendeur et l'acquéreur, et que ce tiers, sans tenir compte des oppositions pratiquées sur le vendeur entre les mains de l'acquéreur, a intégralement réparti la somme ainsi payée entre les créanciers du vendeur, alors que ce dernier était en état de cessation de paiement.

Le tiers désigné a qualité de dépositaire et de séquestre et ne peut se dessaisir de la somme déposée, sans l'assentiment du vendeur et de l'acquéreur.

Le syndic de la faillite du vendeur a une action solidaire contre lui et l'acquéreur en restitution de la somme versée par l'acquéreur.

L'acquéreur qui, a versé le montant de son prix entre les mains de ce tiers, a une action en garantie contre lui dans le cas où la répartition n'aurait pas été faite régulièrement entre les créanciers du vendeur.

Le tiers désigné par les parties n'a pas d'action en garantie contre les créanciers du vendeur qui ont touché valablement ce qui leur était dû. Il ne peut que produire à la faillite du vendeur, pour les sommes qu'il justifiera avoir payées en son acquit.

Encore, sur ce dernier point, le système du Tribunal de Commerce se trouve-t-il en désaccord avec celui de la Cour de Paris laquelle accorde à l'intermédiaire un recours contre les créanciers dans la mesure de ce qu'ils ont reçu au-delà de ce qui leur serait revenu dans une exacte répar-

tition du prix (Paris 27 déc. 1893 ; *Gazette Palais* 1894, 1, 172).

Dans la pratique et pour éviter des difficultés, les intermédiaires ne paient pas sans s'être assurés le consentement unanime des créanciers.

Des délits commis par les intermédiaires.

Les intermédiaires peuvent encore, par des agissements frauduleux, engager leur responsabilité civile ou pénale.

Les délits par lesquels ils engagent leur responsabilité, au point de vue pénal, et le plus ordinairement, sont l'escroquerie et l'abus de confiance.

1° Nous croyons intéressant de relever un certain nombre de décisions rendues par les Tribunaux. Nous empruntons autant que possible aux arrêts et jugements leurs propres termes.

Escroqueries : — C. d'Appel Paris, 12 février 1913 ; D. P., 1913, 2, 246. La Cour condamne un courtier marron parce que ses agissements constituaient de véritables manœuvres dolosives, qui avaient eu pour résultat d'induire le mandant en erreur sur la nature de l'engagement qui lui était soumis et d'autre part, de le déterminer à souscrire le dit engagement. Voir aussi 9 nov. 1910 ; D. P., 1910, 1, 528.

Lyon, 28 mars 1903, loi 28 juill. 1903 ; Rouen, 16 juill. 1904 ; *Gaz. Pal.* 14 janv. 1905. Ces arrêts jugent qu'on ne doit pas considérer comme un délit d'escroquerie, mais simplement comme un acte malhonnête, le fait par un individu : 1° de se présenter à un commerçant en lui déclarant mensongèrement avoir sous la main un acquéreur tout prêt à

acheter son fonds; 2° à faire signer à ce commerçant un bon de commission payable partie, pour insertions de publicité, dès que la mise en vente aura parue, et partie le jour où sera effectué le 1^{er} versement sur le prix de la vente; 3° de se faire remettre une certaine somme, en paiement de publicité et d'insertions faites dans divers journaux tirant à un petit nombre d'exemplaires, et n'ayant pas de lecteurs. La conséquence est la condamnation de l'intermédiaire à des dommages-intérêts.

Crim. Cass. 15 déc. 1900; D. P., 1901, 1, 485. Il n'y a pas délit d'escroquerie, à défaut des manœuvres frauduleuses exigées par la loi, en cas d'acquisition par un insolvable d'un fonds de commerce, alors même que les mensonges par lui employés, pour se créer une apparence de solvabilité, ont été confirmés par des intermédiaires en fonds de commerce, dont la mauvaise foi n'est pas à rechercher : alors du moins que ces contestations n'établissent pas, à la charge de l'acheteur insolvable, la fraude organisée à l'aide d'une mise en scène et par l'intervention de tiers destinée à donner force et crédit à ses allégations mensongères pour déterminer la vente à la cession.

Crim. Cass. 14 fév. 1908; S. 1909, 1, 164. (Adde Crim. Cass. 7 fév. 1908; S. 1908, 1, 208). L'annonce dans un journal d'un fonds de commerce avec un chiffre fantaisiste de bénéfices, l'intervention d'un intermédiaire qui confirme cette annonce, et de la part du vendeur, la production de notes volantes constituant des pièces et des documents qui établissent les prétendus bénéfices du fonds en réalité sans

valeur, constituent la mise en œuvre d'actes matériels et extérieurs corroborant les allégations du vendeur et ayant pour objet de persuader l'existence de fausses entreprises. Les éléments du délit d'escroquerie se trouvent donc réunis.

Crim. Cass. 23 mars 1901; S. 1902, 1, 468. L'annonce insérée par un intermédiaire qui promet des emplois au cautionnement, lesquels n'existaient pas, constitue une manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie.

Crim. Cass. 31 août 1899. Constituent de simples mensonges, à défaut de manœuvres frauduleuses caractérisées, mais non une escroquerie, le fait par un intermédiaire d'avoir promis mensongèrement à diverses personnes de leur trouver un emploi et de s'être approprié des sommes d'argent qui devaient, selon lui, servir soit à former une demande d'emploi, soit à acheter du papier timbré afin d'établir les pièces nécessaires. Voir également Cass. 13 fév. 62, D. 62, 5, 140.

Crim. Cass. 5 juin 1885; *Gaz. Pal.* 2, 699. Mais, par contre, constitue le délit d'escroquerie, le fait de l'individu qui, après avoir fait insérer dans les journaux, une annonce contenant l'offre d'un emploi de régisseur chez un tiers, demande au candidat un rapport pour juger sa capacité, lui présente un état fictif des recettes de la ferme et lui extorque des fonds.

C. d'App. Paris, 17 juill. 1885; S. 1886, 2, 104. La Cour prononce la responsabilité d'un agent d'affaires (bureau de placement) qui, par des renseignements favorables et non sincères, avait décidé un de ses clients à entrer, comme

employé intéressé avec apport, chez un commerçant en état de cessation de paiement : attendu, dit la Cour, que le commerce sérieux et honnête de Paris ne demande jamais par la voie de la publicité d'employés avec apport intéressé, locution qui a remplacé, en ce dernier temps, celle du cautionnement et que de telles demandes ne sont autre chose que des escroqueries. L'intermédiaire est tenu d'indemniser l'employé du préjudice par lui éprouvé.

Paris, 7 juill. 1891; *Gaz. Pal.* 91, 2, 220; Cass. 10 déc. 91; *Gaz.* 91, 2, 707. Constitue le délit d'escroquerie le fait, par le vendeur d'un fonds de commerce sans valeur, de le présenter comme excellent en affirmant des bénéfices fictifs. Doit être considéré comme complice ou coauteur du délit d'escroquerie commis par le dit vendeur, l'agent d'affaires intermédiaire qui, connaissant la situation précaire du fonds de commerce, en fait valoir la fausse prospérité et confirme les déclarations mensongères du vendeur. Constitue un nouveau délit d'escroquerie distinct du premier, le fait de la part du vendeur d'obtenir de l'acquéreur la remise de billets à ordre, en paiement du prix stipulé, à l'aide de nouvelles manœuvres consistant notamment dans la production de l'état de bénéfices majorés ou mensongers. Cass. 14 mai 81; D. 82, 1, 89. Après avoir reconnu à la charge d'un prévenu des agissements consistant, non seulement en promesses fallacieuses et en allégations contraires à la vérité, mais en une mise en scène destinée à corroborer ces faits et à en dissimuler la fausseté, un arrêt ne peut, sans se mettre en contradiction avec lui-

même, nier l'intention criminelle que ces faits impliquent forcément.

2° Certains des arrêts précités caractérisent assez bien les risques que court l'intermédiaire, quand il participe de mauvaise foi à une cession de fonds de commerce entachée de fraude. Ici peuvent se placer diverses observations relatives à la transmission des Cabinets d'affaires, bien que nous n'ayons découvert que bien peu de jurisprudence les concernant.

Dans la pratique, ce sont surtout les intermédiaires spéciaux pour la cession des offices ministériels qui s'occupent également de vente de Cabinets d'affaires. Leurs transactions de ce chef sont fort actives. Nombreux, en effet, sont les officiers ministériels qui, soit pour augmenter leurs revenus, soit poussés par l'attrait de la résidence, échangent leur office contre un Cabinet plus rémunérateur. L'agent perçoit, dans les cessions de Cabinets, un taux de commission qui varie entre 10 et 20 % du prix, au lieu de 2 % en matière de cessions d'offices. On conçoit qu'il préfère ces opérations comme plus avantageuses, mais elles peuvent l'exposer à des ennuis s'il vient à vendre (et sa bonne foi peut être surprise) au lieu d'un Cabinet achalandé et prospère, une officine véreuse. Au moins, le monopole accordé aux officiers publics ou ministériels leur assure-t-il un minimum de clientèle. Le titre nu possède une valeur intrinsèque fixée par la Chancellerie. Quant au Cabinet d'affaires, sa valeur et sa prospérité dépendent de l'honnêteté, de l'activité, de l'adresse et des relations de

son titulaire. A côté de Cabinets de premier ordre, végètent à Paris surtout, des agents peu scrupuleux qui font des dupes en vendant leur cabinet, grâce à une façade plus ou moins brillante et illusoire.

Or, si on se place au point de vue de l'application de l'art. 405, C. Pén., il faut reconnaître qu'il peut être, dans certains cas, applicable à ces ventes. L'art. 405 commine, en effet, les peines de l'escroquerie contre les fausses entreprises, entendues aussi bien de celles qui n'ont aucune existence réelle, que d'entreprises réelles, dont on aurait exagéré l'importance. Une entreprise est fausse aux yeux de la personne qui a contracté, lorsqu'elle est autre que celle que les manœuvres lui avaient promise; qu'importe, en effet, l'existence d'une entreprise de même nature si elle est différente par la nature, par les ressources, par les espérances et par les produits (1). Ces principes sont applicables aux Cabinets d'affaires comme à tous fonds de commerce. Dès lors, l'intermédiaire qui s'occupe de la vente d'un Cabinet véreux s'expose à la Police Correctionnelle sous la prévention de complicité d'escroquerie.

La pratique signale une curieuse et fréquente escroquerie qui consiste de la part de certains titulaires de Cabinets de fonds de commerce à contracter de multiples associations, quelquefois plusieurs dans la même année. L'agent d'affaires véreux parvient à se débarrasser successivement

(1) Chauveau et Hélie, t. V, n° 2003; Blanche, n° 167, t. VI. — Paris, 7 juill. 1891; *Gaz. Pal.*, 91, 2, 220; Cass., 10 déc. 1891; *Gaz. Pal.*, 91, 2, 707; comparer Cass., 13 août 1842; 3., 42, 1, 830.

de ses collaborateurs par des artifices variés, dans le détail desquels nous ne pouvons malheureusement entrer. — Mais il garde l'apport. — Certains intermédiaires véreux n'ont pas d'autres ressources, et en face de l'insolvabilité de l'escroc, la victime se trouve désarmée.

Les abus de confiance : — (Crim. Cass. 20 avril 1901; S. 1905, 1, 198.). Il y a abus de confiance dans le fait, par un négociant intermédiaire, de s'être mis sciemment dans l'impossibilité de restituer une somme, qui lui avait été remise à titre de nantissement.

Crim. Cass. 8 mars 1890; D. P., 1890, 1, 498. L'agent d'affaires est à bon droit déclaré responsable du détournement commis par son principal employé, lequel fournissait ses comptes et n'agissait dans l'exécution du mandat spécial qui lui avait été confié, que comme le représentant et le délégué de son patron.

Il va de soi qu'aux termes de l'art. 408 C. Pén., l'intermédiaire s'expose aux peines de l'abus de confiance s'il détourne le prix qu'il est chargé de répartir, puisqu'il le détient à titre de mandataire ou dépositaire.

CHAPITRE X

DES DISSIMULATIONS DE PRIX DANS LES VENTES.

Les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 1909 ont accusé, à diverses reprises, la participation des intermédiaires à une fraude trop répandue, qui consiste à dissimuler dans l'acte de vente une partie du prix, cette portion étant payable comptant.

C'est ainsi notamment que, lors de la discussion au Sénat, le Rapporteur, M. Cordelet présentait les observations suivantes : « Les ventes de fonds de commerce sont monopolisées en quelque sorte par des agents d'affaires spéciaux. Voici comment on procède : quand l'intermédiaire a réussi à mettre d'accord le vendeur et un acquéreur, on ne fait pas tout de suite un acte de vente, on fait ce que l'intermédiaire appelle un compromis, c'est-à-dire, une promesse de vente avec dédit dans laquelle l'intermédiaire, bien entendu, a soin de fixer ses honoraires, de faire prendre par le vendeur et par l'acquéreur l'engagement solidaire de les lui payer, même si la vente n'aboutit pas définitivement; cet acte est rédigé en triple exemplaires, l'intermédiaire se considérant comme partie au contrat, puisqu'en effet, il stipule le chiffre fixé à l'avance de ses honoraires qui se montent au moins à (10 %) 10 pour cent et quelque-

fois plus. Le jour de la prise de possession, on dresse et on signe l'acte de vente définitif et dans cet acte de vente définitif dont les conditions générales sont conformes à celles stipulées dans le compromis on ne porte, — et c'est une pratique courante — que les $\frac{2}{3}$ du prix, le surplus étant payé comptant et servant jusqu'à due concurrence à solder les honoraires à l'intermédiaire. Voilà ce qui se pratique, non seulement à Paris, mais ailleurs. Séance du 23 mai 1906. *Journal officiel* du 24, page 647 »...

Nous croyons que les déclarations du Rapporteur sont inexactes en grande partie, bien qu'elles aient été répétées à satiété et qu'on les retrouve même dans la bouche de M. Klotz, Ministre des Finances, lors de la discussion de la loi de finances du 20 fév. 1912, dont nous parlons plus loin (1). En réalité, les fraudes dont on se plaint sont l'œuvre des parties elles-mêmes, agissant dans la mesure de l'intérêt qu'elles trouvent à les perpétrer. En ce qui concerne l'acquéreur, son intérêt à les commettre est évident : en effet, les droits de mutation étant supportés par lui, il est naturellement porté à employer les moyens pour en diminuer l'importance.

Aussi, dans la pratique, est-ce toujours l'acheteur qui parle le premier de dissimulation en méconnaissant parfois son intérêt véritable. L'intérêt du vendeur à dissimuler le prix ressort moins facilement : c'est une erreur de soutenir

(1) Sénat, 2^e séance du 20 févr. 1912, discours du Ministre des Finances, p. 424 ; *Journal officiel*, débats *in extenso*.

« qu'il profite de la dissimulation en ce sens qu'il vend plus facilement et que quelquefois il vend à meilleur prix » (1). C'est méconnaître que la dissimulation n'est envisagée qu'après l'achat et quand le prix est fixé; alors qu'il s'agit de passer à la rédaction des actes (2). Néanmoins, les droits d'enregistrement fort élevés (3) venant diminuer les disponibilités parfois courtes de l'acheteur, peuvent avoir quelque influence sur le paiement du comptant stipulé. En ce sens, on peut trouver un intérêt pour le vendeur à se prêter aux dissimulations qui lui sont demandées. Ajoutons que fréquemment le vendeur, si les créances dépassent le montant du prix, trouve dans la dissimulation le seul moyen pratique qui lui permette de toucher quelque chose; que la dissimulation rend pratiquement impossible, en maintes circonstances les recours judiciaires que l'acheteur peut avoir à exercer contre le vendeur, à cause des lourdes amendes et des doubles droits, qu'il se verrait obligé de déboursier au préalable. Cette dernière considération est parfois envisagée par le vendeur et constitue un gros danger pour l'acheteur. Il faut donc conclure que l'acheteur toujours, et le vendeur parfois, sont intéressés à la fraude,

(1) *Ibidem*, discours de M. Bienvenu-Martin, président de la Cour des finances, p. 425.

(2) Ou plutôt quand le moment est venu de les faire enregistrer. Époque variable : s'il y a un privilège à faire inscrire, l'enregistrement est effectué dans la quinzaine de la vente. D'autres fois, on attend la prise de possession ou le délai légal de trois mois.

(3) Ils sont de 2.50 % plus, à Paris, une taxe de remplacement égale à 1.25 % pour ce qui concerne le fonds de commerce. Il s'y ajoute un droit de 0.625 % sur les marchandises, décime compris.

ce qui les amène à s'en faire les artisans, la plupart du temps.

Au reste, dans la pratique, les choses ne se passent pas tout à fait comme l'indique M. le Sénateur Cordelet. L'intermédiaire soucieux avant tout de gagner ses honoraires, se garde bien de dresser un acte conditionnel de vente avec dédit, ce qui (au cas où les contractants ou l'un d'eux viendraient à se départir de leurs accords), l'exposerait à se voir discuter sa rémunération. Il dresse un compromis, dit-on; — c'est bien le terme usité — mais ce compromis est en réalité un acte de vente ferme, dont l'effet est de rendre l'acheteur propriétaire, à charge de payer le prix au jour fixé pour la prise de possession, et de faire acquérir définitivement à l'intermédiaire le droit à la commission.

Le chiffre de cette commission reste confidentiel entre l'intermédiaire et le vendeur, qui se gardent bien, la plupart du temps, de les communiquer à l'acheteur. On se borne, dans le compromis, fait en un seul exemplaire déposé à l'intermédiaire (ce qui est parfaitement régulier, puisqu'on est en matière commerciale) à constater que la vente est conclue par les soins de tel intermédiaire et que ce dernier a rempli son mandat.

Ces réserves faites, il faut reconnaître qu'au moins dans les ventes de fonds de commerce, les parties ne parviendraient pas toujours à elles seules, à fruster les créanciers et le Trésor. Elles ont besoin des conseils de l'intermédiaire qui entre dans leurs vues et qui y trouve l'avantage de percevoir plus commodément, et sans risques de rapport, le

montant de sa commission. Par contre, dans les ventes d'immeubles et dans les cessions d'offices, la dissimulation est l'œuvre des parties, et dans ces dernières l'intermédiaire n'y participe point.

Quoi qu'il en soit, les dissimulations de prix dans les actes de vente offrent un double danger pour les créanciers du vendeur auxquels on distribue le prix porté à l'acte ostensible; et pour le Trésor qui ne perçoit les droits que sur le prix apparent. Deux lois récentes ont cherché à remédier à ces graves inconvénients :

1° La loi du 17 mars 1909 (modifiée dans son article 3 par celle du 31 juill. 1913) relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce;

2° La loi de finances du 27 février 1912.

Nous nous proposons de les analyser toutes deux dans leurs dispositions correctives des fraudes que nous venons d'exposer.

1° Loi du 17 mars 1909 (art. 3, 4, 5, 22, 23).

La loi du 17 mars 1909 a visé principalement à remédier à deux dangers bien fréquents en matière de vente de fonds de commerce; l'un qui consiste à faire une mutation secrète de manière à permettre au vendeur de toucher le prix de vente à l'insu des créanciers; l'autre qui consiste à dissimuler une partie du prix dans l'acte ostensible, le surplus étant payé comptant.

Les créanciers qui avaient à souffrir de ces procédés

frauduleux avaient, bien antérieurement à la loi de 1909, la ressource de faire déclarer en faillite leur débiteur mais il n'avait plus aucun actif apparent : c'était une satisfaction illusoire. Ils pouvaient encore, ou le syndic, après la déclaration de la faillite, attaquer la vente par l'action paulienne ou en vertu de l'art. 447 C. Com.; mais il leur fallait prouver la complicité de l'acquéreur et subir en tous les cas les lenteurs et les frais d'un procès pour un résultat souvent problématique. Ils préféraient s'abstenir.

Aux mutations secrètes, les articles 3 et 4 de la loi de 1909 mettent obstacle, en donnant force de loi à un usage qui était établi depuis longtemps par la pratique mais qui était encore discuté quant à son caractère obligatoire. La rédaction définitive de l'article 3 dispose que, dans la quinzaine de sa date, toute vente ou cession de fonds de commerce, déguisée ou non, sera publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce où se trouve le fonds et, à défaut dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. Le même article 3 fixe les formes de la publication, sanctionne l'inobservation des délais et règle les conditions suivant lesquelles, les créanciers du précédent propriétaire, pourront faire valoir leurs droits d'opposition.

D'autre part, l'art. 5 de la loi réalise une innovation intéressante qui a pour but de sauvegarder les droits des créanciers du vendeur fréquemment sacrifiés par la fraude que nous venons de décrire et qui consiste à dissimuler dans

l'acte de vente une partie du prix, le surplus étant payable au comptant.

Il accorde le droit de surenchère du 1/6 en matière de vente de fonds de commerce, c'est-à-dire de vente mobilière alors que cette procédure n'était jusqu'alors applicable qu'en matière immobilière. Le droit de surenchère accordé aux créanciers inscrits ou chirographaires ne devant avoir pour but que de les protéger contre des ventes à vil prix ne peut être exercé par eux que s'ils y ont intérêt, c'est-à-dire que si le prix de la vente ne couvre pas leurs créances.

Cette surenchère, d'un caractère sérieux (car le créancier qui veut provoquer la mise à prix de l'immeuble est tenu de former une surenchère d'une certaine importance fixée au sixième du prix principal, et en outre de fournir caution) s'exerce dans toutes les ventes volontaires, à l'exclusion des ventes judiciaires, de celles poursuivies à la requête d'un syndic de faillite, de liquidateurs, d'administrateurs judiciaires ou de copropriétaires indivis du fonds faites aux enchères publiques, en conformité de l'art. 5 de la loi.

Elle aboutit à la revente dans les seuls cas où la première vente n'ayant pas été entourée de toutes les garanties, les créanciers du vendeur peuvent se croire frustrés et sont, en outre, fondés à espérer qu'une remise aux enchères procurera des amateurs et permettra d'atteindre le véritable prix. Ce qui est la seule façon pratique d'éviter toute dissimulation accomplie au préjudice des créanciers.

Le système de l'art. 5 est heureusement complété, par l'extension aux ventes de fonds de commerce, de l'institu-

tion de la purge accordée à l'acquéreur pour le mettre à l'abri d'une éviction possible de la part des créanciers inscrits, et surtout du droit de surenchérir résultant de l'art. 22 et de l'art. 23. Ce dernier article permet à tous créanciers inscrits de requérir la mise du fonds aux enchères publiques en offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement du prix et des charges.

Ces dispositions concilient l'intérêt de l'acheteur qui est de n'être ni troublé ni évincé, avec celui des créanciers inscrits qui ont désormais la certitude de pouvoir obtenir le meilleur prix du fonds de commerce.

Il faut pourtant reconnaître que, même avec la triple institution des publications, de la surenchère et de la purge, ces dissimulations de prix étaient restées fréquentes dans les ventes de fonds de commerce, même depuis la loi de 1909. Ce n'est pas que dans la pratique on omette les publications, au contraire, elles sont entrées dans les mœurs et cela bien que le défaut de publications n'entraîne pas la nullité d'ordre public que demandait la Chambre de Commerce de Paris et à laquelle s'est refusé le législateur. Mais d'abord la purge et la surenchère de 1/10^e ne jouent qu'à l'égard des créanciers inscrits. Pour les créanciers chirographaires, un petit nombre d'entre eux use de la surenchère du sixième et les frais de mise en vente par devant notaire sont élevés, tandis que beaucoup de fonds de commerce sont d'une valeur infime; tous sont sujets à déperis-

sement. Or, les formalités sont longues et compliquées, alors que les matières commerciales requièrent célérité. La loi de 1909, loi d'affaires de grand mérite, a manqué partiellement son effet au point de vue qui nous occupe.

2° Loi de finances du 27 février 1912

Nous attribuons une réelle efficacité aux mesures prises, contre la dissimulation, par les art. 6 et 7 de la loi de finances du 27 février 1912. Le premier, applicable aux dissimulations commises dans la cession d'offices, le second à celles commises dans les ventes d'immeubles et de fonds de commerce. L'art. 7, seul, est dans notre sujet, car les dissimulations dans les cessions d'offices sont sûrement, et de l'avis de tous, l'œuvre des parties elles-mêmes et jamais on n'a accusé pour elles l'intervention des intermédiaires. Au contraire, il en est autrement des dissimulations dans les ventes d'immeubles et de fonds de commerce. Non seulement on les impute aux intermédiaires, mais encore, la loi a comminé contre eux des pénalités sérieuses. Il convient donc de les étudier avec soin. L'art. 7 est ainsi conçu :

« Est nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle, et tout ou partie de la soulte d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle ».

La dissimulation du prix peut être établie conformément à l'art. 13 de la loi du 23 août 1871 :

« Toute dissimulation dans le prix d'une vente d'im-

meubles ou d'une cession de fonds de commerce et de clientèle, et dans la soulte d'un échange ou d'un partage, est punie d'une amende égale au quart de la somme dissimulée, conformément à l'art. 12 de la loi du 23 août 1871.

« Le notaire qui reçoit un acte de vente d'échange ou de partage, est tenu de donner lecture aux parties du présent article et de l'art. 13 de la loi du 23 août 1871, à peine d'une amende de 10 fr. Il mentionne cette lecture dans l'acte et y affirme, sous la même sanction, qu'à sa connaissance, cet acte n'est modifié ou contredit par aucune lettre contenant une augmentation du prix ou de la soulte.

« Quiconque aura été convaincu de s'être, d'une façon quelconque, rendu complice de manœuvres destinées à éluder le paiement de l'impôt, sera, personnellement passible, indépendamment de sanctions disciplinaires, s'il est officier public ou ministériel, d'une amende égale au double de la somme dont le Trésor aura été frustré, sans que cette amende puisse être inférieure à 1.000 fr. en principal ».

Le système que le législateur emploie pour supprimer ou restreindre les dissimulations est d'une simplicité parfaite et tel qu'il est, il paraît atteindre son but qui est de favoriser la perception de l'impôt :

1° La contre-lettre est déclarée nulle et de nul effet, tant entre les parties contractantes, qu'à l'égard des tiers, en ce qu'elle a trait à la dissimulation; 2° des peines sont infligées aux fraudeurs; 3° des prescriptions de forme sont imposées aux notaires; 4° des peines sont comminées contre les complices.

Ce sont surtout les mesures concernant les complices qui nous paraissent avoir atteint le but désiré, ces derniers seront plus réservés à l'avenir, en ce qui concerne leur concours aux dissimulations et ils ont déjà commencé à manifester leur réserve; — qu'on conçoive bien, d'ailleurs, qu'ils n'ont pas un grand intérêt à se prêter aux dissimulations : — pour les intermédiaires, la commission leur est acquise par le fait de la vente et, nous l'avons déjà dit, elle s'élève en moyenne à 10 % du prix principal en matière de fonds de commerce, 2 à 5 % en matière immobilière; ils arrivent à la prélever aisément, sauf le cas où les créanciers absorbent les sommes en distribution. Mais d'abord cette situation n'est pas très fréquente (1), ensuite, au cas de répartition amiable, l'intermédiaire persuade souvent aux créanciers opposants qu'il possède, sinon un véritable privilège, du moins une créance réellement favorable, et il y parvient d'autant plus aisément s'il détient les fonds et s'il se charge lui-même de la répartition. Il n'y a que l'hypothèse de répartition judiciaire : contribution ou faillite. Mais, en tous cas, l'intérêt propre des intermédiaires ne les poussait pas à dissimuler plus du dixième du prix de la vente; — quand ils se prêtaient aux dissimulations, c'était pour être agréables au vendeur et à l'acquéreur, pour qu'on restât leur client et pour ne pas perdre peut-être l'honoraire bien minime de rédaction d'acte. — Les inter-

¹ (1) Distinguons ici : la vente des fonds de commerce de gros ou d'industrie donne rarement lieu à des répartitions; au contraire, celle des commerces d'alimentation est généralement suivie d'une répartition.

médiaire refusent de se prêter aux dissimulations, maintenant: qu'elles pourraient leur coûter cher. Encore bien moins qu'eux, les notaires se prêteront à l'avenir aux dissimulations; ils en montreront le danger aux parties. C'était, d'ailleurs, au préjudice des notaires que s'accomplissaient souvent les dissimulations, puisqu'ils perçoivent leurs honoraires sur le prix réel et que la crainte de la destitution les retenait fréquemment d'y participer; bref, on peut dire que le législateur a été bien inspiré en cherchant à atteindre les complices.

La disposition qui frappe de nullité la convention n'a pas encore donné de bien grands résultats dans la pratique: on signale très peu d'actions engagées, soit sur le fondement de la nullité de la convention, soit entre parties, soit à la requête de l'enregistrement. C'est d'abord parce que la fraude est difficile à établir. Les parties déchirent généralement toutes les pièces par lesquelles on peut prouver la dissimulation. De plus, la disposition de l'art. 7 est mal connue. C'est dans une loi de finances qu'il faut l'aller chercher. Or, les parties, dans une vente d'immeubles ou de fonds de commerce, l'intermédiaire lui-même (sauf quelques exceptions) ne possèdent pas en général les connaissances d'un jurisconsulte. Enfin, les controverses qui se sont déjà élevées sur l'application de la loi du 27 février 1912, en raison notamment du caractère immoral et exorbitant des principes dont elle s'inspire, contribuent à ce qu'elle soit peu invoquée dans la pratique.

L'avertissement aux parties dont la loi fait au notaire

une obligation, l'amende du quart de la somme dissimulée qui atteint le vendeur et l'acquéreur sont de bonnes mesures. On ne saurait trop frapper, à notre avis, les gens qui cherchent à éluder le paiement de l'impôt. Encore doit-on constater que la fraude est générale. Le contribuable l'a, pour ainsi dire, dans le sang. Ce n'est pas une raison pour ne pas blâmer les gens qui s'y livrent et particulièrement ceux qui pratiquent les dissimulations dans les actes de vente.

L'art. 7 de la loi du 12 février 1912, dont nous venons d'examiner l'efficacité pratique, soulève d'importantes questions qu'il convient maintenant d'examiner successivement :

1° *La loi prononce la nullité absolue erga omnes de la convention ayant pour but une dissimulation du prix de vente. En d'autres termes, elle atteint dans un intérêt fiscal des conventions d'ordre civil :*

Cette sanction a paru inadmissible et lors des travaux préparatoires elle a été vivement discutée. Nous pensons la justifier brièvement et exposer ensuite la portée de la disposition légale.

On a dit : que la loi renversait les principes les plus essentiels de droit civil en annulant une convention valable par elle-même, parce que l'écrit qui la constate contient une dissimulation au regard de l'Enregistrement. Or, d'une part, l'Enregistrement est un tiers par rapport à l'acte et, d'autre part la loi fiscale ne ferait pas partie de l'ordre public! On a rappelé les précédents en législation : l'opi-

nion de Berlier, Tronchet, Cambacérès, défavorables à la nullité de la contre-lettre lorsqu'elle contient une dissimulation; les circonstances qui ont amené l'abrogation de l'art. 40 de la loi de frimaire an VII, et la substitution de l'art. 1321 C. C., aux termes duquel, la convention n'est valable qu'entre les parties, les travaux préparatoires de la loi du 23 août 1871 signalés par le rejet d'une proposition de la loi semblable à celle en discussion. Surtout, on a insisté avec force sur l'incidence défectueuse de la peine qui, au mépris des principes du droit criminel, fait peser sur le vendeur les conséquences de la fraude qui ne profite qu'à l'acheteur. Et, en effet, partisans comme adversaires de la loi se sont accordés à reconnaître à la loi proposée deux effets principaux : 1^o le vendeur, l'échangiste, le copartageant, le créancier d'un prix ou d'une soulte n'ont aucune action en justice pour le paiement de ce qui aurait été stipulé par une contre-lettre en sus du prix ou de la soulte stipulée dans l'acte ostensible; 2^o toute somme payée par suite des stipulations de cette nature est sujette à répétition. C'est, a-t-on dit, inciter l'acheteur à violer ses engagements pour conserver la chose moyennant un moindre prix et cela particulièrement est immoral (1)!

Notre opinion, cependant, est que le législateur a été bien fondé moralement et juridiquement à frapper de nullité la

(1) Sénat, 1912. Débats *in extenso*, *Journal officiel*, 2^e séance du 20 févr. 1912. Discours de MM. Guillier et Chastenet, sénateurs. Réponses de MM. Klotz, ministre des finances, et Bienvenu-Martin, rapporteur, p. 423 et suivantes.

convention qui a pour but la violation de la loi. La loi fiscale nous paraît aussi respectable que l'autre. Y porter atteinte est, selon nous, attenter à l'ordre public. N'est-ce pas une vérité que la notion d'ordre public est mobile? On peut l'envisager différemment en 1916 qu'en 1803 ou en 1871. Aujourd'hui la rentrée de l'impôt est plus que jamais essentielle. C'est avec l'argent autant qu'avec les canons qu'on fait la guerre. Nous le voyons bien actuellement. En outre l'égalité des citoyens devant la loi est le fondement d'une démocratie bien organisée. Or, la fraude viole l'égalité; elle fait supporter au bon citoyen le fardeau de l'impôt, que le mauvais citoyen parvient à éluder. Elle porte donc atteinte à ce point de vue encore à l'ordre public.

Seulement, il faut reconnaître combien sont fâcheuses les conséquences d'une législation, laquelle fait peser sur le vendeur la responsabilité intégrale d'une faute commune il est vrai, mais uniquement profitable à l'acquéreur, dans la plupart des cas. La loi est franchement immorale quand elle incite l'acheteur par l'appât de l'intérêt à manquer à ses obligations. Allons plus loin : c'est une véritable et immorale alliance que le législateur conclut avec l'acquéreur quand il lui suggère de dire : « la loi est pour moi, je fais fi de mon engagement, de nos conventions, je reprends mon argent et je garde votre propriété » pour venir derrière, lui réclamer le montant des droits compromis, des droits en sus et une amende égale au quart de la somme dissimulée.

Ne serait-il pas possible d'interpréter la loi d'une façon

qui conjurât l'immoralité des conséquences qui viennent d'être exposées? Nous ne croyons pas la question insoluble et nous concevons deux interprétations différentes de l'art. 7.

1^{re} interprétation : celle qu'a voulue le législateur, basée sur les travaux préparatoires à la Chambre, au Sénat, notamment sur les déclarations du Ministre des Finances (1). Ce que l'art. 7 déclare nul, c'est la contre-lettre, ou la convention écrite ou verbale mais seulement en tant qu'elle renferme une dissimulation. Pour la convention de vente, elle subsiste intégralement et produit ses effets. La nullité étant d'ordre public peut être invoquée par tout intéressé. L'acheteur peut répéter les sommes versées par lui en supplément du prix porté à l'acte ostensible. L'interprétation que nous formulons encourt les divers reproches que nous avons relatés plus haut : l'incidence défectueuse de la peine, l'immoralité, etc...

Les Tribunaux semblent devoir résister à l'interprétation que nous venons d'expliquer et qui, avouons-le, est la seule qui semble découler des travaux législatifs, car ce qu'on a cherché, c'est avant tout à recouvrer les trente ou quarante millions que faisait perdre annuellement l'habitude des dissimulations dans les ventes d'immeubles ou de fonds de commerce, et pour parvenir à ce résultat, nul doute qu'on n'ait envisagé les divers inconvénients que nous venons de décrire (2). Or, précisément ce sont les conséquences immo-

(1) Sénat, 2^e séance du 20 févr. 1910. Débats *in extenso*, 1912. I, discours de M. Klotz, ministre des finances, p. 423.

(2) Le ministre a évalué à trente ou quarante millions la plus-value

rales ou défectueuses qui semblent émouvoir les Tribunaux. Cf. Trib. Com. Seine, 31 mars 1914; *Gaz. Pal.*, 1914, 6^e recueil, p. 683).

Le jugement précité prétend que le législateur a seulement entendu permettre à l'Administration de l'Enregistrement de faire rétablir le prix de vente réel pour pouvoir faire appliquer aux fraudeurs les graves pénalités prévues par la loi du 27 fév. 1912; que du moins le législateur n'a certainement pas voulu contrairement aux principes du droit commun, que l'un des fraudeurs pût invoquer sa propre turpitude pour faire prononcer la nullité d'une convention à laquelle il a été partie.

La thèse du jugement est certainement erronée. La nullité de la convention qui a pour but la dissimulation est formulée par la loi en termes si généraux qu'elle n'a certainement pas été instituée pour l'enregistrement seulement. Les travaux préparatoires sont en ce sens (Chambre des Députés, Rapport général de M. Chéron; *Journal Officiel*, docum. parl. de nov. 1911, P. 749; Sénat, 1912, Débats *in extenso*; *Journal Officiel*, 2^e séance du 20 fév. 1912, p. 423 et suivantes). La volonté du législateur de déroger à la maxime « *nemo recipitur propriam turpitudinem allegans* » en résulte clairement. D'ailleurs, cette maxime est-elle encore en vigueur dans notre droit? En outre le jugement méconnaît les effets de la nullité absolue.

qu'on pouvait espérer. En 1871, le ministre d'alors, M. Pouyer-Quertier, évaluait à 25 millions le résultat de la réforme proposée qui fut écartée.

Une deuxième interprétation nous paraît pouvoir être soutenue. Elle consiste à déclarer nulle et de nul effet, à l'égard de tous, l'ensemble de la convention entachée de fraude. Dans cette opinion qui ménage tous les intérêts, la vente se trouve annulée, à charge par le vendeur et par l'acheteur, d'effectuer des restitutions réciproques, et les parties sont replacées dans le même état qu'avant l'opération qu'elles ont contractée. On conjure ainsi l'immoralité des conséquences ci-dessus relatées et on ne porte préjudice à aucun des contractants sans nuire aux droits légitimes du Trésor.

Nous fondons cette interprétation : 1^o sur le texte même de la loi, 2^o sur l'ancienne jurisprudence antérieure au Code et relative à l'art. 40 de la loi de l'an VII (1). La Cour de Cassation visant ce texte moins compréhensif que le nôtre puisqu'il déclarait nulle la contre-lettre (et non la convention) annulait intégralement la contre-lettre, 3^o sur ce que les conséquences d'une nullité d'ordre public se prêtent difficilement à la nullité partielle d'un acte qui en est entaché. Il est plus naturel de considérer la nullité comme s'appliquant à la convention intégrale, 4^o enfin l'art. 1172 peut fournir un argument à notre thèse. Aux termes de cet article, si la condition fixée dans les contrats est illicite, elle est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. Le but des parties étant une opération illicite et même contraire à l'ordre, la convention elle-même tombe

(1) Cette jurisprudence a été citée par M. de Ventavon, auteur d'un amendement à la loi du 23 mars 1871.

avec la clause qu'il n'était pas au pouvoir des parties de formuler.

Par contre, nous écartons du débat la théorie de la cause à laquelle on pourrait être tenté de faire appel. Car il est évident que le but *immédiat* et *direct* que les parties ont eu en vue, en contractant, n'a pas été la dissimulation, mais pour le vendeur, le prix; et l'acquisition de la chose, pour l'acheteur. La dissimulation n'a été pour elles qu'un but accessoire et subsidiaire.

Ainsi compris, l'art. 7 de la loi de 1912 signale une étape de plus dans la rigoureuse application et la sévère répression des fraudes. La Cour de Cassation de 1830 à 1902 avait eu, à diverses reprises, à statuer sur la question de savoir si on doit considérer comme ayant une cause illicite, la convention contractée dans le but de priver le Trésor de tout ou partie des droits d'enregistrement qui lui sont acquis légitimement. Elle a adopté deux solutions successives qui marquent bien le progrès des idées. Par trois arrêts de 1831, 1835 et 1839; Req. 16 août 1831; Dall. jur. V^o enregistrement N^o 5123; Civ. Cass. 24 mars 1835, *ibid.* N^o 5125; Req. Cass. *Ibid.* 13 mars 1839, N^o 1526, elle refusait le caractère illicite à l'intention même avérée de faire fraude aux droits d'enregistrement. Par arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 avril 1900, D., 1902, 1, 11, la Cour de Cassation a fait une distinction. Si le but que les parties se sont proposées est principalement la fraude des droits dus au Trésor, leur convention était déclarée nulle et de nul effet comme illicite. Mais, si au contraire, elles

ont en vue surtout de régler leurs intérêts réciproques, dans ce cas la Cour de Cassation maintenait la validité des accords intervenus. C'est en somme une situation nouvelle que consacrait la loi de 1912, si on adopte la deuxième interprétation que nous avons proposée, car la loi prononcerait la nullité *dans tous les cas* de la convention entachée de dissimulation, à quelque degré que ce soit manifestée la fraude, et même si les parties ont entendu principalement effectuer une opération de vente ou d'achat.

2^e Question soulevée par la loi du 27 févr. 1912 : A quelles mutations s'applique le paragraphe 1^{er} de l'art. 7 de la loi de 1912?

Le texte est général et s'applique à toute mutation constaté par acte notarié ou par acte s. s. pr. et même par conventions verbales. Il atteint les ventes d'immeubles et les cessions de fonds de commerce et de clientèle. Ces dernières expressions ne laissent pas, en dehors de l'application de la loi, la cession de marchandises dépendant d'un fonds de commerce; elles n'ont pour but, que de généraliser le texte et de supprimer toute distinction entre les fonds de commerce proprement dits et les clientèles commerciales et civiles. Le fonds de commerce constituant une entité juridique composée de divers éléments : achalandage, matériel, droit au bail, marchandises, la convention qu'elle porte sur l'un ou sur l'autre de ces éléments est donc nulle de plein droit.

L'art. 7 édicte la même nullité pour la convention déguisant tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un

partage, mais à la condition que cet acte comprenne des immeubles ou un fonds de commerce. Aucune des dispositions dont il s'agit ne s'applique, en effet, aux transmissions de meubles proprement dits, de créances ou de valeurs mobilières mais elles s'étendent aux cessions de droits successifs immobiliers, qu'on les considère comme vente ou comme partage avec soulte.

Observons, cependant, que la loi de 1912, comme les lois antérieures, ne parle que de soulte et non de plus-values : la plus-value soumise au droit de mutation qui résulterait de la différence de capitalisation du revenu des immeubles compris dans un partage, ne saurait en aucun cas entraîner la nullité de la convention.

3^e Question : Peines infligées aux parties contrevenantes :

Sans préjudice du remboursement des droits compromis, et d'une pénalité d'un droit en sus, infligée à chacune des parties, l'art. 7, 3^e alinéa, confirmant quant à ce, les dispositions de la loi du 23 août 1871 (art. 12) punit toute dissimulation d'une amende égale au quart de la somme dissimulée.

Déjà, le législateur de l'an VII avait dans l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII, prononcé la nullité de toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signatures privées précédemment enregistré.

De plus, il soumettait au triple droit la somme dissimulée. Cette disposition s'est trouvée abrogée par l'art. 1321 qui admet la validité de la contre-lettre entre les parties.

L'amende était cependant maintenue et a été remplacée dans la loi du 23 août 1871 par une amende légale au quart de la somme dissimulée. La loi du 28 fév. 1872 étendit cette pénalité aux cessions de fonds de commerce. C'est à cette loi, également, qu'eût dû se référer l'art. 7, en même temps qu'à la loi du 23 août 1871.

4^e Question : Sanctions encourues par les complices :

Le rapport général de M. Chéron sur l'art. 7, alors art. 5 (Chambre des Députés, 1^{re} séance du 22 déc. 1911; *Journal Officiel* 1911. Débats *in extenso*), ne concluait à l'établissement d'une sanction qu'à l'encontre des Notaires et Officiers publics que le texte primitif visait seuls. Un amendement de M. de Villebois-Mareuil a mis en cause tous autres complices de la dissimulation et il a été adopté sans discussion. On a voulu atteindre les agents d'affaires et les intermédiaires : le discours de M. Klotz, Ministre des Finances, est des plus explicites à cet égard.

La peine encourue par le complice est égale au double du droit dont le Trésor a été frustré, sans pouvoir descendre au-dessous de 1.000 fr. de principal soit, avec les décimes : 1.250 fr.

Il ne suffit pas pour la réclamation, soit de l'amende de 10 fr. au notaire qui a affirmé qu'aucune contre-lettre n'existait pas, soit du double droit au complice, notaire ou intermédiaire qu'une contre-lettre soit dévoilée ou qu'une dissimulation soit prouvée. L'Administration est encore dans l'obligation d'établir que le notaire ou l'intermédiaire a connu la contre-lettre ou qu'il a prêté son concours à la

fraude. Là est le point difficile, c'est ce qui rend fort douteuse l'application de ces nouvelles pénalités. Antérieurement à la loi, il arrivait que la preuve de la dissimulation résultait d'une instance, que l'intermédiaire était obligé d'engager pour le paiement de sa commission. Les instances de cette nature ne peuvent plus exister puisque la contre-lettre étant nulle, l'intermédiaire ne pourra, pas plus que les parties, en poursuivre l'exécution et en tirer les conséquences qu'elle comporte.

Au cours du débat, le Ministre des Finances a commis au sujet du vendeur et de sa *complicité* possible une évidente confusion. « S'il est l'auteur principal, si c'est à lui que la fraude peut être reprochée, il subira la peine de l'auteur principal. Si, au contraire, il n'a qu'un rôle de complice, il subira la peine du complice. En tous cas, il n'échappera pas. C'est ce que je voulais dire, il est enserré par notre texte. » (Sénat, *Débats Parl.*, 2^e séance du 20 fév. 1912, p. 624, 1^{re} col.). Cette observation du Ministre paraît sans portée. Le texte de la loi, ne distingue pas, entre auteur principal et auteur secondaire de la dissimulation, il déclare que la dissimulation constatée est punie de l'amende du quart : quel est le débiteur de cette amende ? Le texte ne le dit pas. Ce n'est pas un oubli, puisque l'art. 12 de la loi du 23 août 1871 disait expressément : que l'amende est payée solidairement entre les parties, sauf à répartir entre elles par égales parts. La loi nouvelle, sans s'occuper du débiteur prononce, une pénalité applicable à un fait : la dissimulation. Si ce fait est prouvé contre l'une ou l'autre

des parties, c'est à cette partie que l'administration s'adresse pour le tout. La question de *complicité* ne se posera jamais ici, parce que les deux parties contractantes ont participé à la fraude et qu'il sera toujours impossible et inutile de prouver que cette fraude n'a profité qu'à l'un des signataires.

5^e Question : Preuve de la dissimulation :

Sur la manière d'établir l'existence de la dissimulation, la loi s'en réfère aux dispositions de la loi du 23 août 1871, art. 13, c'est-à-dire qu'elle autorise toutes les preuves admises par le droit commun; cependant, comme il s'agit de la nullité de la convention, c'est-à-dire d'une pénalité qui n'intéresse pas le droit fiscal et d'une fraude que l'une des parties peut avoir intérêt à établir, une distinction est à faire : les parties ont le droit d'employer tous modes de preuve. L'enregistrement ne peut, au contraire, déférer le serment décisoire et ne peut faire usage que pendant dix ans de la preuve testimoniale.

L'administration rencontrera certainement des difficultés pour établir la preuve des dissimulations, les parties ne laissant pas en général subsister l'acte contenant le prix réel. Néanmoins elle pourra arguer de l'aveu de l'une des parties et aussi des contestations résultant de jugements intervenus, sur les instances engagées par les parties, à l'occasion par exemple d'une demande en nullité de vente et en réduction de prix. C'est, en effet, le plus souvent des instances engagées par l'acquéreur, ce dernier se prétendant trompé par le vendeur, qui feront découvrir les dissimulations.

La juridiction compétente nous paraît être celle du Tribunal Correctionnel à la suite de la plainte de l'Enregistrement.

Telles sont les principales difficultés que soulève la loi du 27 fév. 1912, art. 7, en tant du moins que ces difficultés concernent les intermédiaires en fonds de commerce ou en immeubles, soit directement, soit indirectement.

Le législateur a été amené à établir, pour les ventes d'immeubles et de fonds de commerce, le même régime, ou peut s'en faut, que pour les cessions d'offices ministériels réglementées par l'art. 6, encore que la situation juridique soit très différente.

De cet art. 6, nous n'avons rien à dire, car il ne concerne pas les intermédiaires. En effet, nous le répétons, la fraude dans les cessions d'offices est l'œuvre des parties et les intermédiaires n'y participent jamais ni n'en profitent.

CHAPITRE XI

DES RÈGLES DE COMPÉTENCE ET DES PREUVES EN MATIÈRE DE MANDATS D'INTERMÉDIAIRES.

Une première distinction est à faire ici : ou bien il s'agit d'actions intentées par l'intermédiaire, par exemple en paiement de sa commission; ou bien il s'agit d'actions introduites contre lui, par exemple en raison d'une responsabilité qu'il pourrait avoir encourue à raison des actes de son ministère : la compétence des Tribunaux de commerce est consacrée par une jurisprudence constante. Seulement une opération n'a pas toujours le même caractère pour les deux parties qui y interviennent. Elle peut être commerciale pour l'une d'elles et civile pour l'autre. Il semblerait naturel de décider que le Tribunal compétent est le Tribunal Civil ou le Tribunal de Commerce, suivant que l'acte litigieux est civil ou commercial pour le défendeur, selon la règle « *actor sequitur forum rei* ». Ce n'est pas pourtant ce que décide la jurisprudence : elle est fixée, en ce sens, que la partie pour laquelle l'acte est civil (1) ne peut être citée que devant le Tribunal Civil, mais qu'elle a, au contraire, le choix de citer son adversaire devant le Tribunal de Commerce ou devant le Tribunal Civil. Et par suite

(1) Cass., 11 janv. 1869; S., 1869, 1, 13. — Aix, 15 janv. 1884; D., 85, 2, 49.

l'intermédiaire, s'il est défendeur est valablement actionné devant le Tribunal Civil, au cas où l'acte est civil pour le client. En ce sens, on invoque les précédents et aussi le motif que la partie pour qui l'acte est civil ne peut être contrainte de plaider devant les juges qui ne sont pas ses juges naturels et qui se référerait peut-être à des usages commerciaux qu'elle n'est pas forcée de connaître.

L'action de l'intermédiaire, en paiement de ses honoraires, doit donc être portée devant le Tribunal de Commerce ou devant le Tribunal Civil suivant les circonstances. Ainsi, lorsque le débiteur a fait acte de commerce, il doit être cité devant le Tribunal Consulaire. Lorsqu'au contraire, l'opération qui a fait l'objet de l'entremise est purement civile, c'est devant les Tribunaux ordinaires que la demande doit être formée (Cod. Com. 631, 632, 638).

La distinction ci-dessus est applicable aux agents d'affaires en général, mais elle est loin de lever toutes les difficultés, car il s'agit toujours de savoir dans quels cas il y aura acte de commerce.

Cela conduit à se demander si, plus spécialement, le mandat de vendre donné à un intermédiaire présente un caractère civil ou commercial. La solution de ce problème domine évidemment les règles de compétence et de la preuve. Nous l'examinerons successivement à propos des ventes d'immeubles, de cessions d'offices ministériels et des ventes de fonds de commerce.

à) Vente d'immeubles, cessions d'offices :

Ici, de l'avis de tous, le vendeur et l'acheteur effectuent

un acte essentiellement civil. Le mandat est également civil, et l'action intentée par l'intermédiaire, en paiement de sa commission, ne pourra être introduite que devant le Tribunal Civil : tandis que vendeur et acquéreur pourront respectivement agir contre l'intermédiaire, soit devant la juridiction consulaire, soit devant le Tribunal Civil. Les moyens de preuve, que l'intermédiaire demandeur ferait valoir, devraient donc répondre aux règles écrites dans les art. 1341 et 1347, et notamment ses livres de commerce n'auraient pas une force suffisamment probante :

C'est ce qu'a jugé la Cour d'Appel de Paris, le 26 fév. 1914 (*Gaz. du Pal.* 1914, p. 541) (1).

Il s'agissait, en l'espèce, d'un intermédiaire en offices ministériels, qui prétendait prouver, par son copie de lettres, qu'il avait indiqué au client un office à acheter.

b) Ventes de fonds de commerce :

En matière de vente de fonds de commerce, la controverse, sur le caractère du mandat, nous semble définitivement tranchée dans le sens de la commercialité, par un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, qui dispose : « Que le mandat donné par un commerçant à un autre commerçant, pour parvenir à la vente de son fonds de commerce, se rattache d'une façon étroite au commerce du mandant, et a un caractère commercial ; que les contestations auxquelles ce mandat a pu donner nais-

(1) Sic. Cass., 30 déc. 1907 ; D. P., 1908, 1, 148. — Paris, 15 juill. 1909 ; D. P., 1910, 2, 72. — *Contra* Bordeaux, 28 mai 1856 ; D., 56, 2, 219. — Rouen, 19 mai 1902 ; D., 1903, 2, 109.

sance, entre les parties contractantes, sont dès lors de la compétence des Tribunaux de Commerce » (Req. Cass., 12 déc. 1911; D. P., 1913, 1, 130).

On voit que l'arrêt exige deux conditions indispensables :

1° Qu'il s'agisse d'un fonds de commerce.

2° Que l'intermédiaire soit lui-même commerçant (ce qui exclut les intermédiaires non professionnels) et qu'en outre la solution dépend, du point de savoir si la vente ou l'achat d'un fonds de commerce constitue un acte commercial. Ce dernier point a donné lieu à de sérieuses difficultés. Dans son arrêt du 3 mars 1880, D. P., 1881, 1, 161, la Cour de Cassation reconnaissait le caractère d'acte de commerce à la cession de fonds en tant, tout au moins qu'elle comprend la vente de marchandises dont la valeur dépasse de beaucoup celle du fonds de commerce lui-même. Dans l'arrêt du 23 mars 1891, D. P., 91, 1, 485, la Cour allait plus loin, en reconnaissant que la vente d'un fonds de commerce et la cession de bail qui en a été l'accessoire, constituent des actes de commerce. Or, le rôle de l'intermédiaire marchand de fonds, soit qu'on l'envisage à l'égard du vendeur, soit qu'on l'envisage à l'égard de l'acquéreur, n'est que le préambule ou la conséquence immédiate de ces actes de commerce : l'achat ou la vente du fonds avec lequel il se trouve intimement lié. Avant la vente, et en tant que mandataire du vendeur, les démarches de l'intermédiaire n'ont qu'un but : celui de préparer et de faciliter la négociation du fonds de commerce. En vue de cette négociation, le rôle de l'intermédiaire semble se

confondre avec celui du vendeur, car ils n'ont tous les deux que le même objectif : la vente du fonds. Si donc celle-ci est commerciale en elle-même, il faut admettre que le mandat accepté par l'intermédiaire, pour arriver à sa conclusion, est également commercial, non seulement à l'égard du mandant, pour qui il n'est que le commencement de la vente, mais aussi à l'égard du mandataire. Et l'on peut tenir le même raisonnement au sujet du mandat confié par l'acquéreur à l'intermédiaire après la vente. Celle-ci une fois conclue, l'intermédiaire est chargé de l'accomplissement des formalités légales : de sorte qu'on peut dire que ce mandat est la suite immédiate et pour ainsi dire le complément de la vente du fonds à laquelle il emprunte son caractère de commercialité.

Avant les arrêts de 1881 et de 1891, avant celui de 1911 qui fixe la jurisprudence, celle-ci était divisée, tandis que la majorité des auteurs voyait, dans l'achat du fonds de commerce, un acte essentiellement commercial, parce qu'il se confond avec l'exploitation commerciale dont il est la base et le point de départ. — On faisait remarquer aussi, que ce qui est vrai de l'achat, l'est à plus forte raison de la vente au regard du commerçant qui exploitait le fonds, car cette vente se rattache directement à son commerce dont elle constitue le dernier acte. Sic. Montpellier, 19 février 1852; D. P., 55, 5, 8; Lyon, 15 mars 1856; D. P., 56, 2, 201; Req. Cass., 15 déc. 1856; D. P., 57, 1, 170 et surtout Paris, 30 juillet 1870; D. P., 71, 2, 17 dont nous citons les motifs : « Considérant, qu'en général, l'acquisition d'un fonds de

commerce est un acte commercial, et qu'en fait, les acquéreurs ont exploité et exploitent encore le fonds dont il s'agit, qu'en prenant part à cette vente, les époux Lotterie ont fait un premier et les époux Mathon un dernier acte de la profession de commerçant; que l'agent d'affaires Lahayes, outre que sa profession personnelle est celle d'un commerçant, a fait également un acte de commerce en prenant part en sa qualité à la cession dont s'agit...» *Contra* : Paris, 10 juillet 1857; D. P., 1857, 2, 152. — Rennes, 31 mars 1892; D. P., 93, 2, 79. — Un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cass. du 24 avril 1861; D. P., 1861, 1, 256 s'était formellement prononcé dans le sens de la négative, par ce motif, que la vente et l'achat d'un fonds de commerce sont choses absolument différentes de son exploitation. L'exploitation seule constitue par sa nature un acte de commerce. La cession, au contraire, n'a pas ce caractère, car au moment où l'acte s'accomplit, le vendeur cesse d'être commerçant et l'acheteur ne l'est pas encore. La Cour de Paris, appliquant cette doctrine au mandat donné à un agent d'affaires de trouver un acquéreur pour un fonds de commerce, avait été jusqu'à juger que le mandat ne constitue pas non plus un acte commercial et que la qualité de commerçant de l'une ou de l'autre des parties ne suffit pas à entraîner la compétence de la juridiction commerciale (Paris, 9 juin 1869, D. P., 70, 2, 6) (1).

(1) Des dissidences aujourd'hui terminées dans le sens de la commercialité se sont produites pour la cession des cabinets d'affaires, relativement à la compétence, contre la compétence consulaire. Cf. Trib.

Nous adhérons sans réserves à la doctrine qui résulte de l'arrêt de Cass. du 12 déc. 1911 précité. Il est juridique, suivant nous, de reconnaître : 1^o le caractère commercial à l'opération de vente de fonds de commerce, par rapport au vendeur et à l'intermédiaire (1); 2^o le même caractère commercial au mandat qui est donné à l'intermédiaire par le vendeur. En effet, pour la vente d'un fonds de commerce, elle se rattache à l'exploitation du fonds de commerce. C'est le dernier acte de la vie d'un commerçant, et la théorie de l'accessoire, que la jurisprudence élargit indéfiniment, conduit à décider que des actes, purement civils en soi, reçoivent un caractère commercial de leur rapport avec le commerce de celui qui les fait. A plus forte raison, le mandat donné à un agent d'affaires, pour la vente d'un fonds, a le caractère d'un acte de commerce, puisqu'un agent d'affaires est un commerçant, et qu'en acceptant un mandat de cette nature, il fait un acte de sa profession.

Il serait un peu moins exact de souscrire à la formule de l'arrêt de Paris du 30 juillet 1870 précité « qu'en prenant part à une vente, des acquéreurs *font un premier pas* dans la profession de commerçant, et que, partant, ils accomplissent un acte de commerce ». Cette affirmation est généralement vraie, mais point toujours. Il ne nous semble pas toujours exact que, comme l'écrit M. Lyon-Caen (2), l'achat d'un

Seine, 13 févr. 1855; J. C., t. IV, p. 494. — Pour : Paris, 3 juill. 1856; J. C., t. VI, p. 29; Civ. Seine, 2 sept. 1855; J. C., t. V, p. 45. — Paris, 19 oct. 1865; J. C., t. XVI, p. 385.

(1) Sauf le cas où, de par la loi, le vendeur est incapable d'être négociant.

(2) Lyon-Caen, *Droit commercial*, 11^e édition, n^o 38.

fonds de commerce soit le premier acte de celui qui veut devenir commerçant, ou une opération ayant pour but de développer son commerce à l'égard de celui qui est déjà commerçant.

Nous citons, en effet, ci-après, une série d'hypothèses dans la plupart desquelles se conçoit l'intervention d'un intermédiaire et où l'achat d'un fonds de commerce ne constitue pas un acte de commerce pour celui qui achète, si, d'une part, il n'a pas l'intention d'exploiter commercialement ou si la loi dénie le caractère commercial.

a) Achat pour faire des expériences scientifiques. — Celui qui achète un fonds dans le but unique d'y faire des expériences scientifiques n'est pas commerçant et ne fait pas acte de commerce (Paris, 6 mars 1868, P., 68, 1069);

b) Achat fait par un mineur non commerçant. — L'achat d'un fonds n'est pas un acte commercial de la part d'un mineur non habilité à faire le commerce (Paris, 20 janv. 1904; S., 1905, 2, 280; D., 7 juill. 1904. — Voir également Troyes, 13 mars 1905);

c) La vente d'un bien de mineur n'est pas davantage un acte commercial de la part d'un mineur ou de son tuteur;

d) Achat d'un fonds par une femme non commerçante. — Il en serait de même d'un achat fait par une femme non commerçante, et il a été jugé que, si elle s'oblige avec son mari, comme elle est censée s'être engagée, en qualité de caution de ce dernier, elle ne fait pas acte de commerce (Req. Cass., 21 août 1882; S., 83, 1, 113);

e) Vente faite par l'héritier du commerçant (Alauzet, VIII, 2968);

f) Achat d'un fonds pour le fermer. — Pas de jurisprudence;

g) Constitution de dot. — La constitution de dot, en contrat de mariage, ne constitue, ni de la part des parents donateurs, ni de la part de l'enfant donataire un acte de commerce (Com. Seine, 16 avril 1905; J. C., 1, 154);

h) Restitution de la dot. — L'obligation pour le mari de restituer la dot est une obligation civile. Dès lors, s'il donnait en paiement à sa femme un fonds de commerce, ce paiement, quelle que fût la nature des valeurs données en paiement, serait un acte civil comme l'obligation elle-même (Cass., 17 janv. 1882; S., 83, 1, 128).

Supposons que l'intermédiaire soit désireux d'actionner en justice l'une des personnes que nous reconnaissons n'avoir pas fait acte de commerce, il ne pourra agir contre elle qu'au Tribunal Civil, mais celle-là pourra l'assigner à son choix devant le Tribunal Civil ou devant le Tribunal de Commerce. C'est la même situation que pour les ventes d'immeubles ou cessions d'offices négociées par un intermédiaire professionnel, ainsi que nous l'avons exposé plus haut.

Ratione personæ : la compétence est déterminée par l'art. 420 cprc, si la juridiction consulaire est reconnue compétente, quant à la matière. Un arrêt de la Cour de Paris décide que le Tribunal, où le fonds de commerce est situé, est compétent pour statuer sur la demande en paie-

ment d'honoraires faite par l'intermédiaire, comme étant celui de l'exécution du contrat et du paiement. bien que le vendeur ait transporté son domicile ailleurs après la vente (Paris, 23 mars 1866; J. C., 66; P., 86).

Preuve : Les règles de la preuve sont des plus simples. D'après l'art. 1985 C. C., le mandat peut être donné, ou par acte public ou par écrit sous seings privés, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément aux art. 1341 et 1347 C. C. L'acceptation du mandat peut aussi n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.

Malgré son apparence de généralité, tout le monde reconnaît que les règles de la preuve écrite aux articles 1341 et 1347 C. C. ne s'appliquent qu'aux matières civiles. La preuve testimoniale n'est alors admise qu'autant qu'il s'agit de choses ou de valeurs n'excédant pas la somme de 150 fr. Il n'est même reçu aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr.

Par contre, en matière commerciale, tous les modes de preuve sont admissibles aux termes de l'art. 109 C. Com. qui est reconnu applicable, non seulement aux achats et aux ventes, mais à tous les contrats sans exception : l'existence du mandat invoqué par l'une des parties en matière commerciale, l'accomplissement même du mandat pourront être prouvés aussi bien que par le moyen d'un écrit,

par la preuve testimoniale, par les livres des parties et par présomptions.

Si on applique ces données au mandat donné pour la vente d'un fonds de commerce qui, dans la généralité des cas, constitue un acte de commerce, on déclarera l'intermédiaire recevable à prouver l'existence et l'exécution du mandat par tous les moyens de droit précités. Il en sera autrement dans les cas exceptionnels où la vente et l'achat d'un fonds de commerce ne sont pas des actes de commerce et que nous venons d'énumérer.

Ici la preuve ne pourra être faite qu'en conformité des art. 1341 et 1347 C. C.

Il en serait ainsi, à plus forte raison dans les ventes d'immeubles et de cessions d'offices. L'intermédiaire demandeur ne pourrait se prévaloir de l'art. 109 qui n'est écrit que pour les matières commerciales. Il devrait s'en tenir aux règles de droit commun contenue dans les art. 1341 et suivants du Code Civil.

APPENDICE

APPENDICE

De la réglementation des agences.

Il nous paraît difficile de terminer cette étude sur les Intermédiaires sans dire quelques mots des efforts qui ont été tentés pour assainir leur profession, en la soumettant à une certaine réglementation.

On a reproché bien des fois, et avec raison, aux agents d'affaires et aux intermédiaires, de ne posséder ni les titres et les qualités nécessaires pour s'instituer les conseillers du public, ni les ressources nécessaires pour organiser et soutenir une entreprise de bureau d'affaires. De là, à commettre des actes blâmables pour se procurer des ressources, il n'y a qu'un pas : tromper la clientèle, participer aux fraudes du vendeur pour gagner d'énormes commissions, ou dans un autre ordre d'idées, pratiquer l'escroquerie à l'associé; voilà des faits qui sont malheureusement fréquents dans la pratique et qui ont même été en partie dénoncés à la tribune du Parlement, notamment par M. Coutant, député, en 1906, à propos de manœuvres commises par des intermédiaires à l'encontre des petits commerçants.

Les agents d'affaires honorables ont essayé utilement de réagir en se groupant conformément à la loi de 1884. Depuis quelques années, ils constituent des associations professionnelles, dont le principal objectif est la surveillance

réci-proque des adhérents; des sanctions sévères : le blâme, l'exclusion punissent les agissements indéli-cats, les fautes professionnelles. Nous citerons, parmi les principales, l'Association des hommes d'affaires de Paris et du département de la Seine, composée de spécialistes de Contentieux, l'Association des Avocats-conseils de Paris, le Syndicat des mandataires au Tribunal de Commerce.

Du côté des intermédiaires proprement dits, on relève tant à Paris qu'en province d'intéressants efforts dans le même but. C'est ainsi que le Syndicat professionnel des hommes d'affaires de France et des Colonies, qui réunit 150 membres actifs ou adhérents, tant chefs de contentieux que négociateurs de fonds de commerce, agents de vente et de location, mène à cet égard une ardente campagne. Il a provoqué de nombreuses consultations des Chambres de Commerce et sollicité l'intervention des pouvoirs publics.

Les Intermédiaires pour la vente des fonds de commerce et industriels avaient créé, avant la guerre, deux Chambres Syndicales dont l'organisation semblait appelée à produire d'excellents résultats. Toutefois, il ne faut pas se dissimuler que les organisations corporatives ne sauraient donner des effets pleinement satisfaisants. D'abord, nous l'avons dit, la corporation est loin d'attirer à elle tous les représentants de la profession. Certains préfèrent, et c'est leur droit, conserver leur entière liberté d'action. Puis, comment pourraient-elles, ces associations, mettre obstacle au discrédit qui rejaillit sur leurs membres, du fait de simples malfaiteurs qui abusent de la qualification d'agents

d'affaires ou d'intermédiaires, pour abriter sous cette dénomination leurs pratiques illicites?

Aussi, pour combler ces lacunes, diverses propositions de loi ont été déposées au cours de récentes législatures.

La première présentée par M. Borie et quatre de ses collègues, à la séance de la Chambre des Députés du 28 oct. 1887 (1), relevait dans l'exposé préliminaire divers motifs intéressants :

« L'intérêt de l'État qui reste en quelque sorte désarmé pour combattre les abus résultant du fonctionnement défectueux des agences et, par suite des lacunes de la législation actuelle, se trouve partiellement impuissant à remplir sa haute mission protectrice des intérêts privés;

« Le Trésor public, gravement lésé par les facilités que donne à la fraude l'absence de tout contrôle, facilités qui se traduisent par une moins-value importante de certains chapitres de ses recettes, notamment dans ceux des droits d'enregistrement et de vente des papiers timbrés;

« La masse du public, c'est-à-dire tous les particuliers exposés à souffrir plus ou moins des inconvénients et même des dangers de l'état de chose actuel;

« Enfin, tous les hommes soucieux de leur dignité, composant la partie saine du personnel dirigeant de ces mêmes agences, impatients de réformes bien comprises, réformes que les membres indignes de la corporation seront seuls à redouter;

« Le passé, les antécédents, la moralité, l'honorabilité, la

(1) *Journal officiel*, Chambre 1887. Annexes, n° 1197, p. 1003.

solvabilité, la responsabilité, l'expérience, la compétence, les capacités, le souci des devoirs professionnels, l'activité, le respect des intérêts à lui confiés, ne sont-ils pas autant d'inconnues chez tout agent d'affaires?

« Personne n'a le droit de lui demander la preuve de ses dires, ou la justification des titres qu'il se donne. Ainsi, il se dit juriste : il faut le croire. Il s'intitule ancien notaire. Mais a-t-il abandonné la carrière volontairement ou à la suite de quelque mésaventure? Mystère. Le coffre-fort installé en belle place dans son cabinet est-il vide ou convenablement garni? Mystère. La provision qu'il vous demande de verser servira-t-elle vraiment aux démarches nécessitées pour suivre votre affaire, ou uniquement pour alimenter son train de maison? Mystère. On pourrait continuer longtemps ainsi cette série d'interrogations ou de réponses dubitatives »...

La proposition, dont nous venons de reproduire les motifs assez piquants, n'a jamais été discutée. Elle présentait comme éléments essentiels : la nécessité de l'autorisation administrative (art. 3, 4, 5), avec cette anomalie que l'autorisation administrative ne pouvait être retirée que par une décision judiciaire (art. 7); elle exigeait des conditions d'aptitude et des diplômes variant d'après les différentes catégories d'agences d'affaires, résultant d'un tableau annexé des professions (art. 8) avec un cautionnement également variable d'après le chiffre de la population (art. 10) mais elle entraînait dans des détails minutieux qui eussent rendu l'application à peu près impossible.

Une autre proposition de MM. Julien Goujon et Guillemet, Députés, laquelle ne renfermait aucune disposition neuve, est devenue caduque, comme n'ayant pas été discutée avant la fin de la Législature.

Le 3 mars 1913, M. Brunet, Député de la Dordogne, a déposé (1) sur le bureau de la Chambre une proposition de loi tendant à réglementer la profession d'agents d'affaires, directeurs de contentieux, mandataires en justice ou de justice, en exigeant de ceux-ci des connaissances du droit théorique ou pratique suffisantes.

On le voit, cette proposition ne concerne pas les intermédiaires pour la vente des fonds de commerce, des immeubles ou des offices ministériels dont le rôle est cependant si important. Elle ne résout donc qu'une partie du problème.

Elle s'inspire surtout du désir de protéger les justiciables contre les officines louches, masquées sous une qualification qui laisserait croire que les Directeurs de ces agences ont des connaissances et des capacités suffisantes pour mener à bien les intérêts qui leur sont confiés.

Elle affirme la nécessité d'assurer le justiciable qui veut avoir un conseil autre qu'un avocat ou un officier ministériel, de trouver dans le Cabinet où il voudra s'adresser une personne honorable ayant des connaissances suffisantes pour le guider dans ses procès et litiges, la nécessité d'obliger ceux qui voudront exercer le métier d'agent d'affaires

(1) *Journal officiel*, 1913; Ch. des Députés, *Docum. parlam.*, annexe, n° 2572, p. 105.

de payer la patente afférente à cette profession. Ainsi le dénombrement des Cabinets deviendra chose facile, alors qu'il est actuellement à peu près impossible.

Par l'art. 4, la proposition sanctionne, de peines pécuniaires et corporelles allant jusqu'à une année d'emprisonnement et le double en cas de récidive, le fait de s'intituler sans droit, agent d'affaires, avocat-conseil, mandataire près des Tribunaux contentieux, mandataire de justice, la loi de sursis n'étant en aucun cas applicable.

L'art. 5 astreint celui qui veut ouvrir un Cabinet à une déclaration au greffe de la Justice de Paix. Le Juge de Paix décide sur l'autorisation demandée dans les dix jours qui suivront le dépôt de la demande au greffe. En cas de recours contre la décision du juge, le président du Tribunal Civil de 1^{re} instance du ressort statue souverainement, dans les quinze jours du dépôt au greffe du Tribunal du dossier et du mémoire de l'intéressé avec copie de la décision motivée du Juge de paix.

Le postulant doit posséder la qualité de français, n'avoir jamais été condamné ni déclaré en faillite, n'avoir jamais été révoqué de fonctions publiques. Il est tenu de justifier à défaut de la graduation, baccalauréat, licence ou doctorat, d'une inscription ou d'un stage effectif d'au moins 5 ans, en qualité de principal clerc de notaire, d'avoué ou d'huissier, ou de 1^{er} employé dans un bureau de contentieux tenu et dirigé par une personne répondant aux obligations de la loi (art. 2).

L'art. 6 ordonne que toute personne répondant aux obli-

gations de la loi, exerçant actuellement la profession visée par les articles précédents, se mette en règle pour satisfaire aux prescriptions de l'art. 5.

Ainsi, la tendance du législateur dans les diverses propositions que nous venons de mentionner, est de soumettre l'agent d'affaires (et même l'intermédiaire, dans la proposition Borie) à l'autorisation, soit administrative, soit judiciaire.

Nous croyons que le régime de la liberté est préférable pour les uns comme pour les autres et, en outre, il est désiré par tous les intéressés. En effet, pourquoi laisser à l'Administration (ou même à la justice) la possibilité d'écarter, à son gré, des candidats dignes d'être investis de la confiance des justiciables, mais qui auraient le malheur de ne pas professer les opinions officielles? Il nous semble pourtant indispensable d'empêcher que la qualification d'agent d'affaires ou d'intermédiaire soit usurpée par de véritables escrocs et que la profession puisse être exercée, sans que de sérieuses garanties aient été données aux justiciables.

Pour répondre à la première préoccupation, on peut utilement préconiser l'établissement d'un registre du commerce, analogue à celui qui existe en Suisse et en Allemagne, et sur lequel les commerçants ou les sociétés doivent provoquer leur inscription et le véritable objet de leur entreprise. On mettrait ainsi les agents d'affaires et les intermédiaires dans l'alternative d'avouer, en se déclarant, le véritable objet de leur entreprise, ou de se voir

exposés aux poursuites du Ministère public. La non déclaration autoriserait le juge à tenir pour illicite l'entreprise occulte et à en prononcer la suppression.

Pour ce qui est des garanties, il tombe sous le sens qu'il faut exiger des agents d'affaires, des sûretés différentes suivant l'objet de leurs attributions. Il convient de demander de sérieux diplômes et des connaissances pratiques de droit à ceux qui se présentent comme juristes, et il n'y a point lieu d'en requérir de simples intermédiaires. Mais il serait indispensable, suivant nous, d'assujettir les uns et les autres au dépôt d'un cautionnement en espèces, sauf aux intéressés à y suppléer par le cautionnement mutuel, tel qu'il fonctionne pour les percepteurs.

Enfin, un texte formel devrait pouvoir sanctionner les écarts des professionnels, en interdisant ceux-ci, en cas de récidive, d'exploiter à temps ou à toujours un Cabinet d'affaires ou un Office d'intermédiaires.

Ainsi, l'on parviendrait à réaliser un sérieux progrès, dans une institution utile et sur laquelle pèse un fâcheux préjugé.

Vu :

Le Président de la Thèse,
CAPITANT.

Paris, le 17 décembre 1915

Vu :

Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE I. — Attributions des intermédiaires : notions documentaires	1
CHAPITRE II. — Caractères distinctifs des agents d'affaires et des intermédiaires	22
CHAPITRE III. — Nature du contrat d'entremise	28
CHAPITRE IV. — De la rémunération des agents d'affaires et spécialement de la commission due aux intermédiaires en fonds de commerce	45
CHAPITRE V. — Réductibilité des salaires de l'agent d'affaires et spécialement de l'intermédiaire	64
CHAPITRE VI. — La jurisprudence et la réductibilité des salaires de l'intermédiaire (<i>suite</i>) . . .	90
CHAPITRE VII. — De la révocabilité du mandat conféré soit à l'agent d'affaires, soit à l'intermédiaire	103
CHAPITRE VIII. — Des actions en paiement formées par l'intermédiaire	109
CHAPITRE IX. — Responsabilité des intermédiaires . . .	117

CHAPITRE X. — Des dissimulations de prix dans les ventes	139
CHAPITRE XI. — Des règles de compétence et des preuves en matière de mandats d'intermédiaires	164
APPENDICE. — De la réglementation des agenees. . . .	177

